

الدكتور سليمان محمد الطماوي
العميد السابق لحقوق عين شمس

الأسُسُ العامّة
لِلْحُقُوقِ الإداريّةِ
دراسة مقارنة

الطبعة الخامسة

١٩٩١

مطبعة جامعة عين شمس

الدكتور سليمان محمد الطماوي
"عميد السابق لحقوق عين شمس"

الأسس العامة
لِلْحُقُوقِ الْإِدَارِيَّةِ
دراسة مقارنة

الطبعة الخامسة

١٩٩١

مطبعة جامعة عين شمس

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الطبعة الخامسة

١ - صدرت الطبعة الرابعة من هذا المؤلف فى مارس سنة ١٩٨٤ ، فى أعقاب صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم المناقصات والمزايدات العامة ، والذى صدرت لائحته التنفيذية بمقتضى قرار وزير المالية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ . ولقد جاء القانون الجديد ، أكثر تفصيلا من القانون القديم اذ اشتمل على أربعين مادة ، فى حين أن القانون الملغى كان بالغ الاختصار ، اذ بلغت مواده ١٦ مادة ، كما أن القانون الجديد قد صدر بعد مرور ما يقرب من الثمانية والعشرين عاما على صدور القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ ، وقد حفلت هذه الأعوام بكثير من التجارب والتغييرات ، والتي لا بد وأن تترك بصماتها على هذا القانون الحيوى .

٢ - وقد أجملت المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ أهم الأحكام المستحدثة فيما يلى :

أولا - امتداد نطاق سريان أحكام القانون الجديد الى جميع الوزارات والمصالح ووحدات الحكم المحلى (الادارة المحلية) وكذلك الهيئات العامة ، فى حين كان القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ يقتصر على الوزارات والمصالح العامة فقط .

ثانيا - جعل المشرع المناقصة العامة ، الطريق الأصلى للتعاقد ، وسمح للإدارة أن تلجأ بجوارها الى احدى طرق أربعة وهى : المناقصة المحدودة ، والمناقصة المحلية ، والممارسة ، والاتفاق المباشر ، وذكر المشرع الضوابط التى تحكم اختيار كل طريقة من تلك الطرق ، وحدد خصائص كل منها .

ثالثا - حين قدر المشرع الحدود المالية كضابط للتعاقد ، فقد راعى رفع هذه الحدود المالية بما يتمشى مع القوة الشرائية لتنعكس في الوقت الحاضر ولفترة مستقبلية .

رابعا - ألزم المشرع جهات الادارة بأن يكون التعاقد في حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية للأنشطة المقررة ، وفي حدود الاعتمادات المالية المتاحة ، وذلك للقضاء على ظاهرة شراء أصناف لا تكون الادارة بحاجة اليها .

خامسا - ورد الحكم في صلب القانون ، على أن يكون التعاقد على أساس مواصفات أو رسومات فنية دقيقة ومفصلة أو عينات نموذجية ، ولم يرد هذا الحكم الأصولي في القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ ، بل ورد في اللائحة التنفيذية .

سادسا - بالنسبة للأصناف التي تستورد من الخارج ، لم يقيدھا القانون الجديد بنصوص خاصة في هذا المجال ، بل ترك التعاقد بشأنها للقواعد العامة ، بمراعاة القرارات المنظمة للاستيراد ، وذلك تلافيا لأية تعقيدات .

سابعا - اكتفى المشرع في القانون الجديد ، بأن يكون فتح المظاريف والبت في المناقصات التي تقل قيمتها عن خمسة الاف جنية ، عن طريق لجنة واحدة ، وذلك تبسيطا للاجراءات . كما أوجب المشرع اشتراك ممثل لوزارة المالية وآخر لمجلس الدولة عند حدود معينة ، وذلك في حالة اجراء الممارسة داخل الجمهورية أو خارجها تحقيقا لمزيد من الانضباط والرقابة .

ثامنا - نقل القانون الجديد النص الذي يوجب امساك سجلات لقيد أسماء الموردين والمقاولين والبيانات الكافية عنهم ، وكذلك سجل لقيد المتنوعين من التعامل ، نقول ان المشرع نقل هذا النص من اللائحة الى صلب القانون زيادة في الضمان .

تاسما - بالنسبة لمفاوضة مقدمى العطاءات ، فقد قصر المشرع اجازة المفاوضة على مقدم العطاء الأقل فقط ، باعتباره صاحب المركز القانونى الأول فى المناقصة .

عاشرا - نقل المشرع الأحكام الخاصة بالتأمينات الابتدائية والنهائية والنسب الواجبة الاداء وحالات الاعفاء منها من اللائحة التنفيذية الى القانون ، وذلك لأكسابها الأهمية والحصانة الواجبة . ولهذا فقد تضمن القانون الجديد الأحكام والشروط الجزائية فى حالة عدم سداد التأمينات أو التأخير فى تنفيذ العقد أو بإخلال المتعاقد بشروطه ، وكذلك حالات فسخ العقد والآثار المترتبة عليه .

حادى عشر : استحدث المشرع نصا لتنظيم صرف الدفعات المقدمة تحت الحساب بما يضمن حماية المال العام .

ثانى عشر : تضمن القانون الجديد الأحكام الأساسية التى تنظم البيع وتأجير المقاصف وغيرها نظرا لأهمية البيع كمورد من موارد الدولة .

ثالث عشر : تضمن القانون حكما عاما يقضى بعدم جواز اللجوء الى التجزئة بهدف التحايل لتفادى الاجراءات أو الضوابط أو الضمانات أو الشروط المقررة بأحكامه .

٣ - ثم صدرت اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ، فى ١٩٨٣/٦/٢ ، ونصت المادة الثانية من قرار اصدارها على إلغاء القرار رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ . باصدار لائحة المناقصات والمزايدات والقرارات رقم ١٥ لسنة ١٩٥٨ بتوحيد عمليات الشراء ، والقرارات المعدلة لهما . كما نصت المادة الأولى من ذات القرار على أن « تسرى أحكام اللائحة المرافقة على جميع الوزارات والمصالح ووحدات الحكم المحلى (الادارة المحلية) ، كما تسرى على الهيئات العامة فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى لوائحها الخاصة بتنظيم المناقصات والمزايدات

التي تمدها ٠ « وقد احتوت اللائحة الجديدة على ١٢٠ مادة^(١) ،
بخلاف مواد الاصدار ٠ وهو تكرار لحكم المادة الأولى من القانون
رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ باصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ٠

٤ - ونعيد التذكير بالحقيقة التي سبق أن أعلنها ، من أنه
بالرغم من زيادة المؤلفات باللغة العربية في مجال القانون العام
بصفة عامة ، والقانون الإداري بصفة خاصة ، فإن المؤلفات والبحوث
المتعلقة بالعقود الإدارية ، باللغة العربية ، ما تزال نادرة ، بالرغم
من الحاجة الماسة الى جهد الفقهاء في هذا المجال الجديد نسبيا ٠ وقد
جاءت الاحداث مؤكدة لما سبق أن تنبأنا به في الطبعتين الثانية
والثالثة من هذا المؤلف ، من أن الحاجة الى الأحكام التي تقوم عليها
« نظرية العقد الإداري » كما صاغها القضاء الإداري في فرنسا وفي
مصر ، لم تتضاءل ، بل أن الحاجة اليها قد تأكدت وازدادت ٠ وجاءت
سياسة الانفتاح الاقتصادي ، وتدعيم القطاع الخاص والنشاط الحر
- في نطاق السياسة الرسمية للدولة - لتوضح هذا المعنى ، وهو
الأمر الذي أبرزناه في مقدمة الطبعتين الثانية والثالثة في وقت كان
المد الاشتراكي في قمته ! لأننا أدركنا من أول الأمر أن الاشتراكية
العربية كما صفتها ، لا تعنى القضاء على النشاط الخاص تدريجيا
كما أراد البعض ، أو كما توهم آخرون ، وأنه لا بد وأن يجيء الوقت
الذي تعمل فيه الدولة على تدعيم القطاع الخاص بعد أن استقرت
دعائم القطاع العام ٠ ويكفي في هذا المقام أن نحيل الى مقدمة
الطبعة الثانية التي كتبت سنة ١٩٦٤ ! فهي أكثر تصويرا للوضع
الحالي مهنا للظروف التي كانت سائدة في التاريخ المشار اليه ، والتي
أوحت الى بعض الزملاء بأن يعملوا أن نظرية العقد الإداري قد انتهت
الحاجة اليها !

(١) أضيف اليها مادة جديدة بمقتضى قرار وزير المالية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٧
(في ١٩٨٧/٤/٢١) نصها « يجب أن تتضمن شروط التعاقد - بالنسبة الى
المعاملات التي تستلزم نقل البضائع بحرا - النص على أن يتم النقل عن طريق
الشركة المصرية لأعمال النقل البحري ، ويكون الاستثناء من ذلك بموافقة وزير
النقل البحري أو من يفوضه » ٠

٥ - وبالرغم من تدعيم الاختصاص القضائي لمجلس الدولة المصرى ، سواء فى دستور سنة ١٩٧١ أو فى قانونه الحالى ، فإن الوضع لم يتغير بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالعقود الادارية ، لأن الاختصاص العام للقضاء الادارى بتلك المنازعات ، قد تقرر منذ سنة ١٩٥٥ • ومن ثم فإن هذا المؤلف سوف يعرض لحصيلة قرابة ٣٥ عاما من اجتهاد مجلس الدولة فى مصر ، سواء على صعيد القضاء أو الفتوى •

واذا كانت معظم تلك الأحكام والفتاوى قد صدرت فى ظل القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ الملغى ، فإن التشريعات الحديثة التى حلت محل التشريعات الملغاة ، قد عدلت فى التفاصيل الجزئية • أما نظرية العقد الادارى فى ذاتها ، فإنها مستمرة ، ومن هنا تحتفظ أحكام القضاء السابقة بكامل أهميتها •

هذا والله المستعان •

مارس سنة ١٩٩١ •

المؤلف

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم الطبعة الثانية

١ - أنجزنا الطبعة الأولى من هذا المؤلف فى أواخر سنة ١٩٥٨ ، لتحقيق الهدف الذى حددناه فى مقدمتها ، والذى ما يزال قائما بالنسبة الى هذه الطبعة . ولقد كانت تلك الطبعة بمثابة الحلقة الثالثة من المؤلفات التى أردنا أن نساهم بها فى بناء قانوننا الإدارى الناشئ ، خارج نطاق ظروف التدريس بما تفرضه من قيود . فبعد أن أنجزنا مطولنا فى « القضاء الإدارى »^(١) ، عقبنا عليه بمؤلفنا « النظرية العامة للقرارات الإدارية »^(٢) ، وهنا ظهرت الحاجة الماسة لاجراء مؤلف مطول فى النظرية العامة للمقود الادارية نظرا لندرة المؤلفات فى هذا المجال .

وبالرغم من نفاذ الطبعة الأولى فى فترة وجيزة وظهور الحاجة الى اعادة طبعها ، فاننا آثرنا التريث سنوات متوالية . ذلك أن ظروف الوحدة الشاملة بين مصر وسوريا ، التى تمت وظهور الطبعة الأولى مباشرة ، اقتضت القيام بحركة تشريعية واسعة ، تستهدف اعادة النظر فى التشريع القائم فى الاقليمين بقصد توحيد . ولقد امتدت هذه الحركة الى مجال القانون الإدارى ، وشكلت لجنة فنية لتقنين ما يصلح تقنينه من موضوعاته^(٣) . وتم بالفعل تقنين الأحكام المتعلقة بالمقود الادارية ، بل وروجع مشروعها أكثر من

(١) وقد ظهرت الطبعة الأولى منه سنة ١٩٥٥ ، وظفرت بجائزة الدولة للقانون المام فى ذلك التاريخ ، وقد طبع المؤلف فى صورته الأولى عدة مرات . ثم ظهرت فى صورة مطولة فى ثلاثة أجزاء الأولى منها بعنوان قضاء الافلام (سنة ١٩٦٧) والثانى ، قضاء التمويض وطرق الطعن فى الأحكام سنة ١٩٦٩ ، والثالث بعنوان : قضاء التأديب سنة ١٩٧١ . وظهر من المؤلف وجيز بعنوان « الوجيز فى القضاء الإدارى طبعة سنة ١٩٧٣ ، وقد أعيدت طباعة هذه المؤلفات .

(٢) ظهرت الطبعة الأولى منه سنة ١٩٥٦ ، والطبعة الخامسة سنة ١٩٨٣ .

(٣) كان المؤلف عضوا فى كثير من هذه اللجان .

مرة • وتوقعنا أن يصدر التشريع المتعلق بها ، فنضمن الطبعة الثانية من المؤلف شرح القانون الجديد • ولكن انتظارنا طال ، ولم يصدر التشريع المرتقب • ولهذا رأينا أن نخرج الطبعة الثانية دون انتظار لهذا التشريع ، وقد وضعنا في اعتبارنا أمرين : الأول : أن التشريع المرتقب ليس الا مجرد تقنين للأحكام المستقرة والتي شرحناها بأسهاب بين ضفتي هذا المؤلف • الثاني : أننا سوف نشير الى مشروع التقنين في موضعه •

٢ - على أن أهم ما يشغل البال في هذا الخصوص ، هو تبلور اتجاهانا الاشتراكي في خلال الفترة التي أعقبت صدور الطبعة الأول • فلقد بلغت الثورة الاشتراكية قممها بقوانين يوليو سنة ١٩٦١ المشهورة وما تلاها من تشريعات • ثم أرسيت أسس اشتراكيتنا العربية في ميثاق العمل الوطني ، بحيث أصبح القطاع العام ينفذ الآن أكثر من ٨٠٪ من مجال النشاط الاقتصادي في الدولة • ولم يبق للقطاع الخاص الا مجال محدود ، على النحو الذي رسمه الباب السادس من الميثاق • فما أثر ذلك على النظرية العامة للمعقود الادارية ؟ !

لقد طرّح هذا السؤال الزميل الدكتور فؤاد مهنا في أحدث طبعات مؤلفه في القانون الاداري^(١) حيث يقول ان « ... المركز الخاص الذي تشغله الأجهزة الادارية التي تتولى مباشرة النشاط التجاري والصناعي والزراعي والمالي باسم الدولة في ظل النظام الاشتراكي ، يثير التساؤل عن مدى الحاجة لتطبيق نظرية المعقود الادارية بمبادئها وأحكامها على الروابط التي تنشأ بين الدولة ممثلة في الوزارات والمصالح وبين المؤسسات العامة وما يتبعها من شركات أو بين المؤسسات العامة أو بين الشركات العامة التي تتبع المؤسسات العامة في كل ما يتعلق بتنفيذ المشروعات العامة أو توريد الحاجات

(١) عنوان مؤلفه « القانون الاداري في ظل النظام الاشتراكي الديمقراطي التعاوني » طبعة ١٩٦٣/١٩٦٤ •

العامة للوزارات والمؤسسات والهيئات العامة ووحدات الادارة المحلية » .

ثم أجاب على هذا السؤال على وجه المحسم حيث يقول : « ان تطبيق نظرية العقود الادارية فى مجال التعاون بين أجهزة القطاع العام ، لم يعدله فى ظل النظام الاشتراكى نفس الأهمية التى كانت له من قبل » بل ولم يقف الزميل عند هذا الحد ، بل استطرد قائلا : « بل انه يمكن القول انه لم تعد ثمة حاجة لتطبيق نظرية العقد الادارى فى هذا المجال !! »^(١) .

وتنحصر حجج الزميل فى تدعيم رأيه السابق فيما يلى :-
(أ) ان نشاط القطاع العام تقوم به المؤسسات العامة وشركات القطاع العام والجمعيات التى تتبعها « وهذه المؤسسات والشركات هى بطبيعتها وتكوينها أجهزة ادارية عامة تعمل باسم الدولة وحسابها وتباشر نشاطها وفقا للتخطيط وطبقا للبرامج التى تضمها الهيئات المركزية المختصة ، وتخضع فى مباشرة هذا النشاط لرقابة وتوجيه الوزير المختص ، كما تخضع بوجه عام لأجهزة الرقابة والتنظيم المركزية ، وتسير فى عملها وفقا لنظم ولوائح يصدر باعتمادها قرار من الوزير الذى تتبعه ، أو من مجلس ادارة المؤسسة العامة على حسب الأحوال » . « . وليس لها ، ولا يمكن أن يكون لها مصلحة غير مصلحة الدولة » .

(ب) ان جميع الأجهزة السابقة تعمل لتحقيق أهداف الدولة وانه طبقا لصريح نصوص قانون المؤسسات العامة تتحمل خزانة الدولة فى النهاية ، نفقات المؤسسات العامة ، وما يتبعها من شركات . كما يعود فائض مواردها الى خزانة الدولة .

(ج) ان الربح الذى يمكن أن تحققه شركات القطاع العام ، ليس بنىة فى ذاته ، « . لأنه طالما كان التعامل بين شخصين من

(١) ص ١٢٣ وما بعدها من مؤلفه الذى سبقت الاشارة اليه .

أشخاص القانون العام ، فان مكاسب أو خسائر أى من الطرفين المتعاقدين مرده فى النهاية للخزانة العامة للدولة » .

والنهاية التى انتهى اليه الزميل ، والحجج التى استند اليها ، تجسد الحيرة التى يحس بها فقهاء القانون العام والخاص فى خلال فترة الانتقال التى تجتازها البلاد ، أمام النظريات والأوضاع التى صيغت فى ظل النظم الرأسمالية . والذى لا شك فيه أن كثيرا من نظريات القانون قد تمت صياغتها فى ظل أوضاع سابقة ، بحيث أصبحت لا تلائم الأوضاع الاشتراكية . ولهذا أعلن الميثاق فى بابه الخامس « أن المفاهيم الثورية الجديدة للديمقراطية السليمة لا بد لها أن تفرض نفسها على الحدود التى تؤثر فى تكوين المواطن وفى مقدمتها التعليم والقوانين واللوائح الادارية ، كذلك فان القوانين لا بد أن تعاد صيغتها لتخدم العلاقات الاجتماعية الجديدة التى تقيمها الديمقراطية السياسية تعبيرا عن الديمقراطية الاجتماعية »^(١) . فهل نظرية العقد الادارى ، من هذه النظريات ؟ .

٣ - ان نظرية العقد الادارى - كما سنرى تفصيلا - تقوم أساسا على تمكين الادارة من تحقيق الصالح العام ، مع سلوك سبيل التفاهم والرضا بينها وبين المتعاقدين الآخر . وبمعنى آخر ، ان من حق الادارة أن تفرض ارادتها عن طريق القرار الادارى . ولكنها قد تجد فى كثير من الحالات أن سبيل التفاهم ، هو انجح السبل لتحقيق غايتها . وهنا تتور مشكلة العقد الادارى . فهل ياترى انتهت حاجة الادارة الى سلوك هذا السبيل فى ظل الاشتراكية ؟! ذلك ما لا يمكن التسليم به بحال من الأحوال .

فوجود القطاع العام ، ليس معناه انعدام دور القطاع الخاص : فالقطاع الخاص ما يزال يؤدي دوره . وإذا كانت الحاجة قد أدت الى تدعيم القطاع العام فى أول مراحل الاشتراكية ، فان القطاع

(١) وبالرغم من مرور مدة طويلة على صدور الميثاق ، فان المهمة المشار اليها لم تتم حتى الآن .

الخاص ، لا بد وأن يعود الى تأدية دوره الجديد^(١) . ويجب أن نضع هنا تحت أبصارنا ما أكدته الميثاق في هذا الخصوص ، لأن له أهميته الحيوية في توكيد المعنى الذى نريده .

يقول الميثاق فى بابـه السابع بعنوان « حول الانتاج والمجتمع » : « أن استمرار دور القطاع الخاص بجانب القطاع العام ، يزيد من فعالية الرقابة على الملكية الشعبية العامة ، ويقوم بدور عامل منشط لها بما يفتحه من مجالات المنافسة الحرة فى اطار من التخطيط الاقتصادى العام » .

« ان قوانين يوليو الثورية العظيمة سنة ١٩٦١ لم تكن تستهدف القضاء على القطاع الخاص ، وانما كان لها هدفان أساسيان : الهدف الأول : خلق نوع من التكافؤ الاقتصادى بين المواطنين يحقق العدل المشروع ، ويقضى على آثار احتكار الفرصة للقلة على حساب الكثرة ، ويساهم فى الوقت نفسه فى عملية تذويب الفوارق بين الطبقات بما يعزز احتمالات الصراع السلمى بينها . ويفتح الأبواب للحلول الديمقراطية للمشاكل الكبرى التى تواجه عملية التطوير . والهدف الثانى : زيادة كفاءة القطاع العام الذى يملكه الشعب ، وتعزيز قدرته على تحمل مسؤولية التخطيط ، وتمكينه من دوره القيادى فى عملية التطوير الصناعى على الأساس الاشتراكى .. » .

ثم يستطرد الميثاق قائلاً : « ان الذين يتصورون أن قوانين يوليو قد قيدت المبادرة الفردية يقومون فى خطأ كبير . ان المبادرة الفردية يجب أن تكون قائمة على العمل وعلى المخاطرة ، وما كان قائماً فى الماضى كان يعتمد على الانتهاز ... ومن ناحية أخرى فان المبادرة الفردية بالطريقة التى كانت قائمة بها ، لم تكن تقدر على مسؤوليات الأمانى الوطنية . ان الاستثمارات الجديدة التى توجه الآن للصناعة ، تساوى أكثر من مائة مرة ما كان يوجه منها فى سنوات

(١) وسياسة الانفتاح الاقتصادى التى تطبيقها الدولة الآن وبعد سنوات طويلة من كتابة تلك الفقرة ، خير شاهد على هذه النبوءة .

ما قبل الثورة ... ان رأس المال الفردى فى دوره الجديد يجب أن يعرف أنه خاضع لتوجيه السلطة الشعبية ، شأنه فى ذلك شأن رأس المال العام ، وأن هذه السلطة هى التى توجهه على ضوء احتياجات الشعب وأنها قادرة على مصادرة نشاطه اذا ما حاول أن يستغل أو ينحرف » .

هذه هى فلسفة العلاقة بين القطاعين العام والخاص كما صاغها ميثاق العمل الوطنى الذى هو أساس اشتراكيتنا العربية . ويجب أن تدور أحكامنا الجديدة فى فلك هذه الفلسفة .

٤ - والمقد الادارى - كما سنرى - يبرم اما بين شخصين من أشخاص القانون العام ، واما بين شخص من أشخاص القانون العام ، وآخر من أشخاص القانون الخاص .

فاذا ما أبرم العقد بين شخص من أشخاص القانون العام ، وآخر من أشخاص القانون الخاص ، فان نظرية العقد الادارى تحتفظ بأهميتها كاملة ولا تتأثر من قريب أو بعيد بالاشتراكية .

أما اذا أبرم العقد بين شخصين من أشخاص القانون العام فهنا يثور المنطق الذى أشار اليه الدكتور فؤاد مهنا^(١) .

وقبل أن نفند رأيه فى هذا الصدد ، فائنا نشير الى ملحوظة فى غاية الأهمية ، وهى أن الزميل أقام رأيه على مقدمة لا يشاركه غيره فيها من فقهاء القانون العام - أو الخاص - فيما أعلم ، وهى أنه اعتبر شركات القطاع العام والجمعيات التعاونية أشخاصا من أشخاص القانون العام^(٢) ، وذلك اذا كانت مملوكة ملكية كاملة للدولة . وهو فى هذا يجانب نية المشرع الواضحة والقاضية بإدارة هذه المشروعات فى نطاق القانون الخاص تماما ، فيما عدا الأحكام التى استثنائها صراحة ، والراجعة الى تملك الدولة لجميع أسهم المشروع .

(١) وسوف نعود الى تفصيل هذه النقطة عند دراسة أحكام العقد الادارى .

(٢) راجع ص ١٦٤ وما بعدها من مؤلفه السابق ، وراجع ص ١٢٣٢ من ذات المؤلف . ولكن تبين بعد ذلك ان فقهاء آخرين من هذا الرأى .

وليس هذا الوضع بداها لدينا ، بل لجأت اليه كثير من الدول التي تحافظ على مبدأ ازدواج القانون ، أى التي تفرق ، بين القانون العام والخاص كفرنسا وبلجيكا وغيرها .

ولهذا فإن العقد الذى يبرمه شخص معنوى عام اقليمى كالدولة أو المحافظة أو المدينة أو القرية ، أو شخص معنوى عام مرفقى مثل الهيئة العامة أو المؤسسة العامة ، وبين شركة أو جمعية تنتمى الى القطاع العام هو عقد بين شخصين مختلفين يخضعان لنظامين مختلفين . ونقطة البداية هذه هى التي قادت الزميل الى رأيه السابق .

٥ - ومع التسليم جدلا بأن الدولة فى نهاية الأمر هى التي سوف تتحمل ما تحققه شركات القطاع العام وجمعياته من خسارة أو كسب ، فهل ذلك مما يؤدى الى اهدار نظرية العقد الادارى فى نطاق علاقات تلك الجمعيات والشركات بالدولة ؟ ان النظرة السريمة وحدها هى التي تجيب على هذا التساؤل بالاجاب . أما التعمق فانه يؤدى الى العكس .

ذلك أن نظرية العقد الادارى تستهدف تحقيق أغراض محددة هى : انجاز أهداف الادارة ، فى أسرع وقت ممكن ، وبأقل تكلفة ممكنة ، وعلى أفضل نحو ممكن . ولهذا فإن النظرية أفسحت مجالا واسعا للمنافسة الحرة ، وللتعاون البناء بين المتعاقدين وبين الادارة . وأخطر ما يمكن أن تتمرض له الادارة فى ظل الاشتراكية هو الاحتكار . حقيقة ان ثمة رقابة من الدولة ، ومن أجهزتها ، ولكن هذه الرقابة لن تغنى بحال من الأحوال عن عنصر المنافسة . وان مما له دلالة فى هذا الخصوص ، أن المعهد الدولى للمعلوم الادارية قد طرح موضوع « المشروعات العامة ومشاكل ادارتها » للمناقشة فى مائدة مسديرة عقدت فى وارسو فى يونيو سنة ١٩٦٤^(١) . وكان

(١) وقد حضرها المؤلف ممثلا للشعبة المصرية للمعهد الدولى للمعلوم الادارية بوصفه أمينها العام .

من أهم ما أثاره الأعضاء - من الكتلتين الاشتراكية والرأسمالية - هو موضوع القضاء على الاحتكار بين المشروعات العامة ، وتأمين قدر من المنافسة بينها ، وطلب الأعضاء اجراء دراسات عميقة مستفيضة فى هذا الموضوع ، على أن تناقش فى مؤتمر يقدّم فى باريس فى يوليو سنة ١٩٦٥ ، وهذا هو المعنى الذى أكده الميثاق فى أبلغ عبارة حيث يقول : « ان استمرار دور القطاع الخاص بجانب القطاع العام ، يزيد من فعاليات الرقابة على الملكية الشعبية العامة ، ويقوم بدور عامل منشط لها بما يفتح من مجالات المنافسة الحرة فى اطار التخطيط الاقتصادى العام » وعلى هذا الأساس ، تعتبر النظرية العامة للمقود الادارية أساسا صالحا لتنظيم هذه المنافسة .

٦ - وبعيننا هنا من ناحية أخرى أن نبرز حقيقة بالغة الأهمية وهى التى تتعلق بالربح فى النظام الاشتراكى . ان الربح غاية أساسية للمشروعات العامة فى النظام الاشتراكى ، وبدونه لا يمكن لخطّة التنمية أن تتحقق . ولكن ما تهتم به الاشتراكية هو الطريقة التى يمكن أن يتحقق بها هذا الربح . ولقد أولى رئيس الوزراء هذا الموضوع عناية كبيرة فى بيانه الذى ألقاه أمام مجلس الأمة فى دور انعقاده الأول (بتاريخ مارس سنة ١٩٦٤) حيث يقول : « ان الربح فى النظام الرأسمالى هو مقياس نجاح أى مشروع بفض النظر عن السبيل الى تحقيق هذا الربح ، سواء كان هذا السبيل عادلا أو مستغلا . ولقد تتصور بعض المشروعات العامة فى ظل الاشتراكية أن نجاحها يقاس بمقدار ما تحققه من أرباح دون اعتبار لطريقة تحقيق هذه الأرباح ، لتندفع بهذا التصور فى سبيل رفع أرقام ربحها سواء عن طريق اتباع أساليب المحاسبة الشكلية أو عن طريق التحايل على المزايا التى يتعمد اشتراكيّا أن تمنحها للعاملين فيها ، أو عن طريق رفع أسعار منتجاتها بغير حق أو عن طريق الهبوط بنوعية الانتاج دون تخفيض أسعارها . انها لو فعلت ذلك تكون قد خرجت عن طريق الاشتراكية وانحرفت عن مبادئ الكفاية والعدل . ان نظرة اشتراكيّتنا الى الربح مبنية على نقط ثلاث :

الأولى : أن الربح هو « فائض » يخصص للاستثمار الذي يعود بالخير على جموع الشعب .

والثانية : أن هذا الفائض لا بد أن يتحدد طبقا لما تمليه الخطة وتبعاً للأسس العامة التي تملئها سياستنا الاشتراكية خاصة في معاملة العامل والمستهلك .

والثالثة : أنه من الواجب المعتم أن تكون الطريقة المتبعة في تحقيق هذا الفائض طريقة عادلة .

وارتكازا على هذه القواعد الثلاث ، فأننا نمطى للطريقة التي يتحقق بها الفائض الأهمية الأولى . والسبيل الى ذلك هو العمل على رفع الانتاج ورفع الكفاية الانتاجية للعامل حتى يتحقق تزايد الفائض في ظل نظام يرتفع فيه أجر العامل وينخفض فيه سعر السلعة للمستهلك . وبهذا نجعل الفائض أداة فعالة في التقدم وسيلة لرفاهية مجموع الشعب .

ومع ذلك ، فأننا نمطى الأهمية كذلك لتحقيق الفائض اذ أنه يمثل مصدرا رئيسيا من مصادر تمويل خطة التنمية وبدونه لا يمكن تحقيق استثماراتها الضخمة »

وعلى هذا الأساس ، فإن أحكام النظرية القائمة على تحقيق الوفرة المالى للإدارة ، وإنجاز المشروعات فى أسرع وقت ممكن ، هى أحكام أساسية فى جميع الجهود ، ولا يمكن أن تغنى عنها أحكام الرقابة الخارجية .

٧ - ويصدق المعنى السابق ولو كانت العلاقة المقيدية بين شخصين من أشخاص القانون العام ، مادام لكل منهما ميزانية مستقلة فالحافطة والمدينة والقرية ، والهيئة العامة والمؤسسة العامة ، لها ميزانيتها المستقلة ، وهى مسئولة عن حسن استعمال الأرصدة المخصصة لها ، ويمنيها أن تنفق هذه المبالغ بالطريقة التى تمود عليها بأكبر قدر ممكن من الفائدة . ولو فرض على تلك الأشخاص أن تلجأ الى جهة يعينها ، ولو كانت جهة عامة ، فلن تتحقق الأغراض (٢ - ٣) (المبادئ الإدارية)

التي تشير إليها • ولكن لو وجد أمامها جهات متعددة يمكنها أن تقتضى منها الخدمة ، فحينئذ يكون في وسع تلك الأشخاص أن تستفيد من عنصر المنافسة • وهذا ما تفعله كثير من المحافظات والمدن في الوقت الحاضر إذ أمكنها أن تنجز كثيرا من المشروعات بأقل من المبالغ المعتمدة لها في الميزانية • ومن ثم فقد استطاعت أن تفيد من استثمار الوفرة في مجال آخر •

فالرقابة الخارجية على المشروعات العامة إذن لا يمكن أن تفنى بحال من الأحوال عن عنصر المنافسة • فهي إذا حالت دون المبالغة في النفقات الى حد ما ، فانها لا تفيد من حيث خلق الحوافز لتحقيق الوفرة في النفقات وضغط المصروفات • وهو من أهم ما نحتاج اليه في المرحلة التي تجتازها البلاد في الوقت الحاضر •

على أن هذا لا يعنى أننا ننكر ضرورة تنظيم الرقابة على شركات القطاع العام ، ولكن كل ما نقصده هو أن الأحكام التي تقوم عليها نظرية العقد الادارى ، لا تفقد أهميتها في ظل الاشتراكية بل على العكس من ذلك ، نرى أن أهميتها تزداد اذا أريد أن نحافظ على فاعلية المشروعات العامة ، وألا تتأثر تلك الفاعلية بالاعتبارات الروتينية المكتبية •

٨ - وأخيرا ، وبالرغم من كل شيء ستبقى العلاقة التعاقدية بين الادارة وبين جهات بعيدة عنها • ستبقى بينها وبين الأفراد في صورة عقود خدمات ، أو توريد ، أو تعهد بعمل شيء أو المساهمة في خدمة عامة أو للاستفادة من خدمات معينة تقدمها الادارة كالعقود التي ترد على المال العام • الخ • وستظل الادارة في حاجة الى التعاقد مع شركات أجنبية أو أفراد أجانب لتنفيذ مشروعات عامة ليس في وسع شركات القطاع العام - لسبب أو لآخر - أن تقوم بها • ومجال البترول خير شاهد في هذا المقام^(١) •

(١) وقد برز ذلك بصورة ملموسة أثر سياسة الانفتاح الاقتصادى التي اعتمدتها الدولة لاسيما بين مصر وبين الدول العربية ، وغير العربية •

ثم ان ضرورة التزام آساليب القانون الخاص فى ادارة مشروعات القطاع العام - وهو اتجاه تظهر الحاجة الى تدعيمه يوما بعد يوم - مما يؤكد أهمية نظرية المقدر الادارى ، وما قامت عليه من أحكام . ولما كانت هذه النظرية قضائية ، فانها مرنة قابلة للتطور لمواجهة كافة الاعتبارات التى يتطلبها الوضع الاشتراكى الجديد . ولعل هذا من الأسباب الرئيسية التى تجعلنا غير شديدى الحماس لصدور تشريع فى هذا المجال ، خلال هذه المرحلة الانتقالية ، قد يؤدى الى الحد من حرية القضاء فى تكييف العلاقات الجديدة ، ولعل ما نحتاجه فى هذا المجال ، هو ادخال نوع من المرونة فيما يتعلق بحق الادارة فى اختيار طريقة ابرام المقدر ، والمتعاقد معها . وهذا اتجاه عالمى سوف نشير اليه فى موضوعة .

٩ - وأخيرا فانه يعيننا أن نشير الى أننا حينما بدأنا انجاز الطبعة الأولى من هذا المؤلف ، لم يكن قد مضى وقت طويل على تقرير مبدأ الاختصاص الشامل والمانع للقضاء الادارى بمقود الادارة فقد تقرر هذا المبدأ لأول مرة - وكما سنرى تفصيلا فيما بعد - بمقتضى القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ . فى حين أننا بدأنا انجاز الطبعة الأولى فى سنة ١٩٥٧ وانتهينا منها فى أواخر سنة ١٩٥٨ ، فلم يكن الوقت قد اتسع بعد أمام القضاء الادارى فى مصر لكى يتناول جميع الأحكام التى تقوم عليها نظرية المقدر الادارى . بل ان معظم الأحكام التى أستشهدنا بها فى الطبعة الأولى كانت من محكمة القضاء الادارى ، ولم تكن قد نشرت بعد .

أما الآن ، فان القضاء الادارى قد انفسح أمامه الوقت ليحدد موقفه من كثير من نقاط الخلاف فى النظرية . ومن ثم فاننا سوف نعى بالأحكام الحديثة ، والصادرة من المحكمة الادارية العليا فى هذا المجال . كما أننا سوف نهتم بالفتاوى التى يمكن الحصول عليها فى خصوص المقود الادارية ، على أساس أن كثيرا من الموضوعات التى تتناولها الفتوى قد لا تسمح الظروف بطرحها أمام القضاء .

وسوف يكون رائدنا في كل هذا أن نقف عند الكليات ما أمكن
دون الاغراق في التفاصيل ، على أساس أن إبراز معالم « نظرية
العقد الادارى » هي الغاية من اعداد هذا المؤلف .

كما أننا سوف نرى الى أى حد تتأثر هذه النظرية بالسياسة
الاشتراكية التى تسير عليها الجمهورية العربية المتحدة .

هذا والله ولى التوفيق

يناير سنة ١٩٦٥

المؤلف

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم الطبعة الأولى

إذا كان القانون الإداري حديث النشأة ، فإن موضوعاته المديدة ، ونظرياته الأصلية ، ليست على درجة واحدة من تلك الصفة . ولعل ما يتعلق بالمعقود الادارية هو أحدث نواحي القانون الإداري على الإطلاق . ولهذا فإن كثيرا من الأحكام الرئيسية التي تهيم على تلك المادة يمتورها الفموض ، ويخلق عليها الشك . وهذه الحقيقة ظاهرة بشكل واضح في فرنسا رغم نضج القانون الإداري فيها . وهي أوضح من أن تحتاج الى تدليل في مصر . ومن هنا كانت صعوبة التصدي للتأليف في هذا الجانب البكر من جوانب القانون الإداري الحديث ، فالحقيقة أنني قد ترددت كثيرا قبل أن أقدم على الكتابة في هذا الموضوع !

هذا وإن نظرة عابرة على المؤلفات التي صدرت في موضوع المعقود الادارية في كل من فرنسا ومصر ، لكافية لتوضيح وجهة النظر السابقة . فرغم غزارة المؤلفات الفرنسية التي تغطي مجالات القانون الإداري الرحبة ، فإنها شحيحة نسبيا في موضوع المعقود الادارية بالذات . ويمينا هنا أن نبرز أن المؤلفات ذات الطابع العام في المعقود الادارية في فرنسا محدودة يمكن حصرها في ثلاثة مؤلفات رئيسية هي :

1. Jèze; Principes généraux du droit administratif. (3 vol. 1934 — 1936, tomes 4, 5, 6).
2. G. Péquignot; Théorie générale du contrat administratif; thèse Montpellier. ed. 1945, et les contrats de l'administration, fasc. 500, 505, 510 et 515. du Jurisclassenur administratif.
3. A. De Laubadère : Traité théorique et pratique des contrats administratifs. 1956.

أما في مصر ، فليس هناك مؤلف عام واحد في هذا الموضوع ! والمجيب في الأمر ، أن الرسائل التي تناولت موضوعات ذات علاقة بالمعقود

الادارية قدمت كلها باللغة الفرنسية ، ولم تترجم الى اللغة العربية ، مما أفقدها ميزة الانتشار . وهذه الرسائل هي :

1. Tewfik Chehata : La concession de service Public. 1941.
2. Fouad El-Attar : Le marché de travaux publics 1955.
3. Seroit Badaoui : Le fait du prince dans les contrats administratifs 1955.

ومن هنا كانت حاجة القانون العام الملحة الى مؤلف هام في موضوع العقود الادارية .

وهذا المؤلف ، كما يدل عليه اسمه ، يستهدف غرضاً رئيسياً ، هو رسم الأسس العامة التي تقوم عليها « نظرية العقد الادارى » كما صاغها القضاء الادارى الفرنسى . وفى سبيل هذه الغاية لم نهتم بالتفاصيل الجزئية الا بالقدر الذى يستلزمه الفرض السابق .

ففى مرحلة الانشاء التى يمر بها القانون الادارى المصرى فى الوقت الراهن ، نحتاج أولاً وقبل كل شئ الى ارساء قانوننا الادارى على أساس سليم . ولأجل هذه الغاية النبيلة ، فاننا نحمد لمجلس الدولة المصرى خطته التى درج عليها - منذ أصبح قاضى القانون العام فى موضوع العقود الادارية - من الاسهاب فى صياغة أحكامه ، والوضوح فى ابراز الأسس التى يقيم عليها قضاءه . ذلك أنه اذا كان المشرع يشمر بأن القوانين التى يصدرها بحاجة الى مذكرات تفسيرية مسببة ، توضح الغاية منها ، وتفصل غاياتها ومراميها ، فان جمهور المشتغلين بالقانون الادارى لأشد حاجة الى ما يقوم مقام تلك المذكرات بالنسبة الى المبادئ التى يمتنعها القضاء الادارى المصرى فى موضوع العقود الادارية الذى لما تتصل أحكامه بمد فى مصر . ولهذا فاننا سوف نقتبس الفقرات المطولة من أحكام قضائنا الادارى ، حتى يكون أمام القارئ معانى المبادئ التى يضع القضاء أساسها ، مصوغة بأسلوب المجلس نفسه دون تحريف .

واننا لנمتذر مقدا عما قد يمتور هذا المؤلف من نقص ، ونرجو
أن يكون فاتحة لجهود متواصلة تبذل فى هذا المجال الحيوى ، حتى نصل
به الى درجة من الوضوح تتفق وأهميته البالغة فى حياتنا الادارية •

هذا والله ولى التوفيق

مايو سنة ١٩٥٧

المؤلف

مقدمة عامة

١ - يعتبر القرار الإداري ، الصادر عن إرادة الإدارة المنفردة ، أنجع وسائل القانون العام التي تتسلح بها الإدارة لأداء واجباتها المتعددة . غير أن الإدارة كثيرا ما تلجأ الى طريقة الاتفاق الودي مع الأفراد ، وذلك اذا ما قدرت أن هذه الطريقة أنجع في تحقيق الأهداف العامة ، فينشأ بينها وبينهم عقد «Contrat» يحدد واجبات كل من الطرفين . ثم ان سبيل القرار الإداري اذا كان ممكنا ضد المواطنين ، فانه يقصر عن تناول غير المواطنين أفرادا أو شركات ، اذ المقد هو الطريقة الوحيدة للتعاون بينهم وبين الدولة التي لا يحملون جنسيتها .

والمسلم به في الوقت الحاضر أن عقود الإدارة لا تخضع كلها لنظام قانوني واحد ، ولكنها تنقسم قسمين :

أولا : عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص .

«Contrats de droit privé de l'administration».

ثانيا : وعقود الإدارة التي تخضع للقانون العام ، وهي التي يطلق عليها اصطلاح « العقود الإدارية » « Contrats administratifs » .

وهذا المعنى حرص القضاء الإداري المصري على إبرازه وتوكيده من أول الأمر ، سواء أمام محكمة القضاء الإداري أو المحكمة الإدارية العليا . ومن ذلك على سبيل المثال ، حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٦^(١) ، والذي يقول : « ومع حيث ان الذي ينبغي المبادرة الى التنبيه اليه هو أنه ليس كل عقد تبرمه جهة الإدارة بعقد إداري حتما ، فكثيرا ما تلجأ هذه الجهة الى إبرام عقود بينها وبين جهة أخرى أو بينها وبين بعض الأشخاص مع جهة

(١) القضية رقم ٨٧٠ لسنة ٥ قضائية ، قضية السيد/ محمد زيدان ضد وزارة المعارف والتموين والمالية .

أخرى فى ظل قواعد القانون الخاص فيختص بها قاضى القانون الخاص ، ولا تمنى بأمرها مبادئ القانون الإدارى . وليس بكاف أبدا مجرد أن يكون أحد طرفى التصرف شخصا إداريا عاما للقول بأن هذا التصرف أو العقد انما هو عقد إدارى يخضع لأحكام القانون العام ، وتختص حتما بالفصل فى منازعاته هذه المحكمة ، فالشخص الإدارى العام قد يبرم عقدا مدنيا كما قد يبرم عقدا إداريا سواء بسواء . . . » وتعيد المحكمة الإدارية العليا تأكيد ذات المعنى فى أحكامها باستمرار ، ومن ذلك حكمها الصادر فى ١٩٦٨/٣/٢٤ حيث تقرر : « ان العقود التى تبرمها أشخاص القانون العام مع الأفراد . . . ليست سواء : فمنها ما يمد بطبيعته عقودا إدارية . . . وقد تنزل منزلة الأفراد فى تعاقدهم فتبرم عقودا مدنية تستعين فيها بوسائل القانون الخاص . ومناطق العقد الإدارى أن تكون الإدارة أحد أطرافه ، وأن يتصل بنشاط المرفق العام . . . وأن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام وما ينطوى عليه من شروط استثنائية » .

وإذا كان القانون الإدارى لا يهتم أساسا إلا بالعقود الإدارية بمنهاها الفنى الدقيق ، والذي سوف تحدده فيما بعد تفصيلا ، فإن ذلك لا يعنى المساواة التامة بين الإدارة وبين الأفراد فيما يتعلق بعقود الإدارة غير الإدارية ، ذلك أن من الأحكام الإدارية ما يسرى على جميع عقود الإدارة أيام كانت طبيعتها ، لا سيما فيما يتعلق باختيار المتعاقدين مع الإدارة ، على التفصيل الذى سوف نورد فى موضعه .

ولكن بالرغم من الملاحظة السابقة ، فإن العقود الإدارية تختلف اختلافا جوهريا عن عقود القانون الخاص التى تبرمها الإدارة ، ذلك أن هذا النوع الأخير من العقود تحكمه من الناحية الموضوعية قواعد القانون الخاص ، ويسرى عليه - كقاعدة عامة - ما يسرى على العقود التى يبرمها الأفراد فيما بينهم . أما العقود الإدارية فتتجلى فيها امتيازات السلطة العامة ، والتى لا نظير لها فى علاقات الأفراد فيما بينهم ، نظرا لمقتضيات سير المرافق العامة .

٢ - والمسلم به فى الوقت الحاضر ، أن القانون الادارى - وفقا للنظرة الفرنسية - هو قانون مستقل ، له ذاتيته الخاصة • بهذا يمتدح الفقه والقضاء فى فرنسا^(١) ، وبه اعترف المشرع المصرى^(٢) وهو ما فصلته المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٢ يونية سنة ١٩٥٦ حيث تقول : « ان روابط القانون الخاص تختلف فى طبيعتها عن روابط القانون العام ، وان قواعد القانون المدنى قد وضعت لتحكم روابط القانون الخاص ، ولا تطبق وجوبا على روابط القانون العام الا اذا وجد نص يقضى بذلك • فان لم يوجد فلا يلتزم القضاء الادارى بتطبيق القواعد المدنية حتما وكما هى ، وانما تكون له حريته واستقلاله فى ابتداع الحلول المناسبة للروابط القانونية التى تنشأ فى مجال القانون العام بين الادارة فى قيامها على المرافق العامة وبين الأفراد ، فله أن يطبق من اقواعد المدنية ما يتلاءم معها ، وله أن يطرحها ان كانت غير متلائمة معها ، وله أن يطورها بما يحقق هذا التلاؤم • ومن هنا يفترق القانون الادارى عن القانون المدنى فى أنه غير مقنن ، حتى يكون متطورا غير جامد • ويتميز القضاء الادارى عن القضاء المدنى فى أنه ليس مجرد قضاء تطبيعى مهمته تطبيق نصوص مقننة مقدما ، بل هو على الألب القضاء انشائى لا مندوحة له من خلق الحل المناسب ، وبهذا أرسى القواعد لنظام قائم بذاته ينبثق من طبيعة روابط القانون العام واحتياجات المرافق ومقتضيات سيرها ، وايجاد مركز التوازن والموازنة بين ذلك وبين المصالح الفردية ، فابتدع نظرياته التى استقل بها فى هذا الشأن أو سبق بها القانون الخاص ، سواء فى علاقة الحكومة بالموظف أو فى المرافق العامة وضرورة استدامتها

(١) راجع فى التفاصيل مؤلفنا « مبادئ القانون الادارى » فى أى من طبعاته المتعددة •

(٢) راجع المذكورة الايضاحية للقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ فى تنظيم مجلس الدولة المصرى •

وحسن سيرها أو فى العقود الادارية أو المسئولية أو فى غير ذلك من مجالات القانون العام « (١) .

ولما كان القانون الإدارى يفلب عليه الطابع القضائى للأسباب التى فصلتها المحكمة الادارية العليا فى حكمها السابق ، فان الأسس التى قامت عليها « نظرية العقد الإدارى » - كما هو الشأن بالنسبة الى سائر نظريات القانون الإدارى - هى من صنع القضاء الإدارى الفرنسى . حقيقة ان المشرع الفرنسى كثيرا ما تدخل ليتبنى بمض الأحكام القضائية فى مادة العقود الادارية ، ونظمها بتشريعات خاصة ، ولكن النظرية العامة للعقود الادارية ما تزال فى مجموعها قضائية ، ومن ثم فان أحكامها تتطور باستمرار لتستجيب لحاجات المرافق العامة المتجددة . ولهذا أيضا فان نظرية العقود الادارية - كما هى مبررة فى الفقه والقضاء الفرنسيين - لم تتأصل فى مصر الا فى تاريخ حديث جدا نظراً لحداثة القضاء الإدارى بصفة عامة ، ولأن اختصاص القضاء الإدارى المصرى بموضوع العقود الادارية لم يتقرر الا فى تاريخ متأخر جدا كما سنرى تفصيلا فيما بعد ، ولكن الأحكام التى صدرت من دائرة العقود الادارية بمحكمة القضاء الإدارى ، ومن المحكمة الادارية العليا فى تمقيها على أحكام تلك الدائرة ، تكشف عن فهم عميق للأحكام الأساسية التى تقوم عليها العقود الادارية ، وتسلم بالمبادئ الرئيسية فى الموضوع لدرجة تسمح لنا بأن نؤكد مع الآن ، أن نظرية العقد الإدارى وإن كانت قد ظلت مجهولة فى مصر حتى تاريخ متأخر كما سنرى ، فان أحكامها الأساسية تتبلور بصورة واضحة ، ومعالمها تتكامل فى سرعة منقطعة النظير مما يؤيد الحقيقة الراسخة ، من أنه لا يمكن التحدث عن قانون ادارى دون التحدث عن مجلس الدولة . فاذا كانت الوظيفة

(١) مجموعة أحكام المحكمة الادارية العليا ، السنة الأولى ، ص ٨٠٧ وبالمعنى ذاته أحكامها الصادر فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٦ ، السنة الثانية ص ١٢٩ . وفى خصوص مدى تطبيق قواعد القانون الخاص على علاقات القانون العام ، راجع أحكامها الصادرة فى ٣١ مارس سنة ١٩٦٢ ص ٧ وفى ٥ مايو سنة ١٩٦٢ ص ٧ وفى ٢٣ يونيو سنة ١٩٦٢ ص ٧ وفى ١٠١١٠ الخ .

هى التى تغلق المعضو ، فان المعزو فى حالتنا قد اثر بدوره على الوظيفة الى حد بعيد !

٣ - غير أن درجة أصالة نظريات القانون الادارى تتفاوت فيما بينها ، فمنها ما لا مقابل له فى القانون الخاص كلية ، كنظرية القرارات الادارية ، والضبط الادارى ، والتنفيذ المباشر . . . الخ ومنها ما يقوم بينه وبين نظريات القانون الخاص شبه كبير . ومن النوع الأخير ، نظرية العقد الادارى . فاذا كانت الأحكام التى تقوم عليها العقود الادارية تتضمن كثيرا من القواعد التى تنبؤ عن منطق القانون الخاص ، فانه من المهم جدا أن نذكر مع الآن ، أن كثيرا من الأحكام الضابطة للعقود الخاصة فى المجموعة المدنية ، تسرى بذاتها على العقود الادارية ! ذلك أن بعض القواعد الواردة فى المجموعة المدنية ، ليست الا تقنيناً لمبادئ تملئها طبيعة الأمور أو مقتضيات العدالة المجردة مما لا تختلف فيه روابط القانون العام عن روابط القانون الخاص . وبالتالي فلا حرج على لقاضى الادارى فى أن يستهدى بتلك القواعد فى حسم المنازعات التى تنشأ بين الادارة والأفراد بصدد عقد ادارى . وليس فى هذا أى مساس باستقلال القضاء الادارى . أو كما يقول مفوض الدولة «Rivet» فى مذكرته المقدمة فى قضية^(١) «Olive» مخاطباً مستشارى مجلس الدولة الفرنسى « . . انكم أحرار فى قضائكم ، وأنتم الذين تخلقون القواعد التى تطبقونها . ولا تستبقون من القواعد الواردة فى المجموعة المدنية الا ما يتفق تطبيقه وضرورات الحياة المدنية » .

وعلى هذا الأساس فان المتتبع لقضاء مجلس الدولة الفرنسى فى موضوع العقود الادارية يجد أنه يسلك فى هذا الخصوص احدى السبل الثلاث الآتية :

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢١ فى قضية «Sovonnerie H. Olive» مجلة القانون العام سنة ١٩٢١ ص ١٠٧ . وتقرير «Rivet» حيث يقول :

«Vous êtes maitres de votre jurisprudence. A Vous de la créer ... en ne retenu les règles du Codo civil que dans la mesure où l'application en est compatible avec le nécessités de la vie collective».

فى بعض الحالات ، وهى قليلة نسبيا ، يطبق مجلس الدولة الفرنسى نص المادة الواردة فى المجموعة المدنية مع الاشارة صراحة الى رقم تلك المادة كما هو وارد فى تلك المجموعة^(١) .

وفى بعضها الآخر يطبق المجلس المبادئ والأفكار المدنية دون أن يشير الى أرقام المواد صراحة^(٢) .

وفى سائر الحالات يطبق الأحكام الادارية التى لا نظير لها فى القانون الخاص ، والتى تميز العقود الادارية ، عن عقود القانون الخاص التى تبرمها الادارة^(٣) .

وقد أتيح لكل من المحكمة الادارية العليا ، ومحكمة القضاء الادارى أن تطبق مبادئ مشابهة . فالمحكمة الادارية العليا تقرر المبدأ العام الذى يحكم العلاقة بين القانونين فى حكمها الصادر فى ٣١ مارس سنة ١٩٦٢ (س ٧ ص ٥٢٧) حيث تقول ان «... تطور القانون الادارى ، وإن اتجه الى الاستقلال بمبادئه وأحكامه ، إلا أن ذلك لا يعنى قطع الصلة من غير مقتضى بينه وبين القانون المدنى » . ولأجل هذا فإنها تقرر فى حكمها الصادر فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٥٩ (السنة ٥ ص ١٠٦) أن القواعد المقررة فى القانون المدنى فى خصوص القوة القاهرة والحادث الفجائى «... لئن كان مجال

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٣ فى قضية «Grands moulins de Corbeil» المجموعة ص ٨٢٢ حيث أشار المجلس صراحة الى المادة ١١١٦ الخاصة بالفش «dolo» وحكمه الصادر فى ٩ فبراير سنة ١٩٥١ فى قضية «Sto Borhausers» المجموعة ص ٨١ حيث أشار المجلس الى المادة ١٩١٧ وحكمه فى ٢٨ يوليو سنة ١٩١١ فى قضية «De la Guérinière» المجموعة ص ٩٣٣ حيث أشار الى المادة ١٣٧٥ الخ .

(٢) راجع فيما يتعلق بفكرة السبب فى العقود الادارية ، تقريراً للمفوض «Thévenaz» بمناسبة حكم المجلس فى ٢٩ يناير سنة ١٩٤٧ فى قضية «Michaux» مجلة القانون العام سنة ١٩٤٨ ص ٢٨ حيث يقول :

«Selon l'article 1131 du Code civil un contrat sans cause ne peut avoir aucun effet. La règle vaut en matière administrative à cette réserve près qu'elle doit être appliquée compte tenu des principes qui président à l'organisation et au fonctionnement des services publics».

(٣) راجع بطول دى لوبادير فى العقود الادارية ، طبعة سنة ١٩٥٦ ص ٢١ وما بعدها .

تطبيقاً في روابط القسانون الخاص ، الا أن القضاء الادارى قد اطرده على الأخذ بها باعتبارها من الأصول العامة التى يجب النزول عليها فى تحديد الروابط الادارية فى مجال القانون العام ، مادامت تتسق مع تسيير المرافق العامة ، وتكفل التوفيق بين ذلك وبين المصالح الفردية الخاصة « كما تقول فى حكمها الصادر فى ٥ مايو سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٧٧٩) ان المادة ١٢٣ من القانون المدنى والتى تجيز تصحيح الأخطاء المادية فى العقود تنطبق على الروابط العقدية باعتبار أنها « تقرر أصلاً من الأصول العامة التى تحمليها طبيعة الأمور ، ومقتضيات العدالة وحسن النية » . كما تؤكد فى حكمها الصادر فى ٢٣ يونية سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ١١١٠) « ... أن الاستهداء فى تعرف النية المشتركة للمتعاقدين بطبيعة التعاقد وبما ينبغى أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للمعرف التجارى فى المعاملات (المادة ١٥٠ مدنى) ليس بقاعدة ملزمة للمحكمة ، وانما تستأنس بها ، وهى فى حل من ألا تتبعها اذا رأت أن اتباعها غير ذى جدوى فى الوصول الى تعرف نية المتعاقدين »^(١) .

-
- (١) ويراجع من احكامها الحديثة نسبياً فى ذات المجال :
- حكمها الصادر فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٦٥ ، ص ١١ ، ص ٥٢ (التمييز عن فسخ العقد) وفى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٦٦ (ص ١٢ ، ص ٢٦٠) .
 - حكمها الصادر فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٦٥ ص ١١ ، ص ١٢٨ (تطبيق المادة ٧٠٤ مدنى الخاصة بالوكالة) وفى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٦٨ ص ١٤ ، ص ٥٦ .
 - حكمها الصادر فى ٢٧ مايو سنة ١٩٦٧ ، ص ١٢ ، ص ١١٠ (تطبيق المادة ٢٤٠ مدنى ، البيع بالهيئة) .
 - حكمها الصادر فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٦٧ ، ص ١٣ ، ص ٩٤ (تطبيق المادة ٢٢٩ مدنى ، التضامن بين الدائنين أو المدينين) .
 - حكمها الصادر فى ديسمبر سنة ١٩٦٧ ، ص ١٣ ، ص ١٦٦ (تطبيق مبادئ القانون المدنى الخاص بتفسير العقود) .
 - حكمها الصادر فى ١٠ فبراير سنة ١٩٦٨ ، ص ١٣ ، ص ٤٦٤ (المادتان ٥٤٩ و ٥٥٢ عقد الصلح ومقوماته) .
 - حكمها الصادر فى ٢ مارس سنة ١٩٦٨ ، ص ١٣ ، ص ٦٢٥ (المادتان ١٢٠ و ١٢١ الخاصتان بالغلط) .
 - حكمها الصادر فى ٢٩ يونية سنة ١٩٦٨ ، ص ١٣ ، ص ١١١٣ (المادة ٢٢٦ الخاصة بفوائد التأخير) وفى ٤ أبريل سنة ١٩٧٠ ص ٤٥ ، ص ٢٥٧ =

كما أن محكمة القضاء الإداري قد طبقت ذات المبادئ السابقة ، فهي تقرر في حكمها الصادر في ١٩ يناير سنة ١٩٥٨ (السنتان ٢١ و ١٣ ص ٤٣) أن القانون المدني يجيز في المادة ٣٤٦ منه للمحكمة أن تمنح المدين أجلا أو آجالا إذا رأت معلا لذلك ، ولم يكن هناك ضرر للدائن وأنه « ... ليس ثمة ما يمنع من الأخذ بهذا المبدأ بالنسبة الى معاملات الأفراد مع الحكومة باعتبار هذا النص يقرر حقا للمحاكم أساسه الرحمة بالمدين دون ما اضرار بالدائن . ومن ثم ترى المحكمة تمكيننا للمدعى عليهما من الوفاء بالتزامهما وتمكيننا للوزارة من استيفاء حقوقها قبلهما أن تقسط المبلغ الذي يلتزمان به على أقساط تطبيقها مواردهما حتى لا تعجزهما المطالبة بالمبلغ كاملا وعلى دفعة واحدة » . كما أنها صاغت القاعدة حكمها الصادر في ٢٢ مارس سنة ١٩٥٩ (السنتان ١٢ و ١٣ ص ١٧٩) على النحو التالي : « ... ان المادة ١٨٧ من القانون المدني (الخاصة بالتقادم) انما وضعت لتحكم روابط القانون الخاص التي تختلف عن روابط القانون العام ، فلا الزام على القضاء الإداري بتطبيقها كما هي على روابط القانون العام ما دام لا يوجد نص خاص يقضى بذلك . بيد أنه من المسلم فقها وقضاء أن للقضاء الإداري أن يقتبس من القواعد المدنية ما يتلاءم مع طبيعة روابط القانون العام ، كما له أن ينسقها ويطورها وفقا لاحتياجات سير المرافق العامة ، والتوفيق بين ذلك حقوق الأفراد والهيئات . ولا ترى المحكمة ثمة مانعا من تطبيق المادة المذكورة من القانون المدني على روابط القانون العام أيضا » .

- = حكمها الصادر في ١١ أبريل سنة ١٩٧٠ ، ص ١٥ ، ص ٦٤ (المادة ١٤٨ الخاصة بتنفيذ العقود) .
- حكمها الصادر في ٢٠ مارس سنة ١٩٧١ ، ص ١٦ ، ص ١٩٧٥ (المادة ٤٤٧ الخاصة بالمعيب الخفية) .
- حكمها الصادر في ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٧١ ص ١٧ ، ص ١٢١ ، (المادة ٦٥١ مدني الخاصة بالتقادم) .
- حكمها الصادر في ٢٦ فبراير سنة ١٩٧٢ ص ١٧ ، ص ٢٦٣ ، (المادة ٥٩٩ الخاصة بزيادة المدة في العقود) وسوف نمود الى شرح هذا المبدأ فيما بعد .
- حكمها الصادر في ١٩٧٤/٦/٢٩ (مجموعة المبادئ ص ١٩٤) بتطبيق المادة ١٠٢٠ من القانون المدني الخاصة بالغلط في المقعد وتطابق الإرادتين ... الخ .

ومن ثم فإن الخصائص الذاتية للمقود الادارية ، يجب ألا تعجب عن الأنظار القدر المشترك من الأحكام بينها وبين سائر العقود ، ذلك القدر الذى يحكم جميع المقود لمجرد كونها عقودا ، وهو معنى كثيرا ما تبرزه المحكمة الادارية العليا فى أحكامها التى أشرنا إليها والتى سوف نعرض لها عند دراسة تفاصيل أحكام المقود الادارى .

٤ - ثم ان الدراسة فى موضوع المقود الادارية كانت فى أول الأمر تقتصر على سرد الأحكام الخاصة بكل عقد ادارى - لا سيما المقود الادارية المسماة الهامة - على حدة ، وبهذا اتسمت دراسات الفقيه جيز ، وهو أول من درس باستفاضة أحكام المقود الادارية . ولكن الدراسات الحديثة تستهدف استخلاص الخصائص الذاتية الموجودة فى المقود الادارية والتى تميزها عن عقود القانون الخاص سواء أبرمتها الادارة أو الأفراد . وهو ما سوف نلتزمه فى هذا المؤلف ، على أن نبرز فى بعض الحالات الأحكام الخاصة بالمقود الادارية الهامة .

ونرى أن نتناول الموضوع على النحو التالى :

- القسم الأول : فكرة المقود الادارية فى فرنسا وفى مصر .
- القسم الثانى : ابرام المقود الادارية .
- القسم الثالث : الالتزامات التى تتولد عن المقود الادارية .
- القسم الرابع : نهاية المقود الادارية .

القسم الأول

فكر العقود الادارية فى فرنسا وفى مصر

وندرس فى هذا القسم على التوالى :

- أولا : نشأة العقود الادارية فى فرنسا وفى مصر
- ثانيا : مميّاز تمييز العقود الادارية
- ثالثا : التعريف بالمقود الادارية الهامة
- رابعا : قواعد الاختصاص فى مجال المقود الادارية

الباب الأول

نشأة العقود الادارية في فرنسا وفي مصر

الفصل الأول

نشأة العقود الادارية في فرنسا

لم تنشأ نظرية العقود الادارية في القانون الإدارى الفرنسى الا فى تاريخ متأخر ، لا يكاد يتجاوز مطلع القرن الحالى ، فلقد كان المعيار المتبع فى توزيع الاختصاص بين المحاكم القضائية من ناحية والقضاء الإدارى من الناحية الأخرى ، يرتكز على فكرة السيادة أو السلطة ، فالمنازعات التى تتعلق بأعمال السلطة «Les actes d'autorité» هى وحدها التى يختص بها القضاء الإدارى . أما التصرفات المادية «Les actes de gestion» التى تهبط فيها الادارة الى مرتبة الأفراد الماديين ، فتبيع أو تشتري أو تستأجر ... الخ فانها تترك لاختصاص المحاكم المادية ، لأن التصرفات الأولى ، التى تنطوى على عنصر السلطان وخصائصه ، لا نظير لها فى القانون الخاص . ومن ثم فانها تندرج فى اختصاص المحاكم الادارية دون حاجة الى نص خاص . ومثال ذلك أن تفرض الادارة بارادتها المنفردة التزامات على الأفراد بمعمل أو امتناع ، أو أن تصدر قرارا بالاستيلاء أو بالقبض على أحد الأفراد ... الخ ووفقا لهذه النظرية ، التى سادت حتى مطلع القرن الحالى ، كانت العقود التى تبرمها الادارة تعتبر من قبيل التصرفات العادية التى تندرج فى اختصاص المحاكم القضائية^(١) . وكانت المحاكم القضائية تطبق عليها بطبيعة الحال قواعد القانون الخاص .

(١) مطول لافريير فى القضاء الإدارى الطبعة الثانية ، الجزء الأول ، ص ٥٩٥ .

ولكن استثناء من القاعدة السابقة ، والتي تعتبر بمقتضاها عقود الادارة من قبيل التصرفات العادية التي تخضع لاختصاص المحاكم القضائية ، فان المشرع الفرنسى ، لأسباب خاصة ، قد نص على اختصاص المحاكم الادارية بالفصل فى المنازعات المتعلقة ببعض العقود التي تبرمها الادارة . ومن هذا القبيل قانون ٢٨ بليغوز ، السنة الثامنة ، الذى جعل من اختصاص مجالس الأقاليم ، النظر فى المنازعات المتعلقة بعقود الاشفال العامة ، وعقود بيع أملاك الدولة . وقانون ١٧ يوليو سنة ١٧٩٠ و ٢٦ سبتمبر سنة ١٧٩٣ الخاص بعقود القروض العامة التي تبرمها الدولة ، والمرسوم بقانون الصادر فى ١٧ يونيو سنة ١٩٣٨ الخاص بالعقود التي تتضمن شغلا للدومين العام . الخ . وقد أطلق الفقهاء على هذه العقود ، تسمية « العقود الادارية بتحديد القانون » « Les contrats administratifs par détermination de la loi » . لأن اختصاص القضاء الادارى بتلك العقود لم يكن يستند الى خصائص ذاتية وانما يرجع الى ارادة المشرع .

ولكن مجلس الدولة الفرنسى بذل جهدا كبيرا فى سبيل توسيع اختصاصه ، فقام على العقود المنصوص عليها عقودا أخرى لم يرد بشأنها نصوص . وعلى هذا الأساس مد مجلس الدولة الفرنسى اختصاصه عن طريق القياس على عقد الاشفال العامة الى عقود طلب المعاونة ، والعقود الخاصة بالاضافة وتوزيع المياه وغاز الاستصباح فى المدن ، والعقود التي تتعلق بكس الشوارع . الخ استنادا الى أن تلك العقود تحتوى على عنصر الاشفال العامة (١) . ولما كان المسلك السابق يستند الى المعيار العام فى توزيع الاختصاص بين المحاكم القضائية والقضاء الادارى - وهو معيار السلطة العامة كما ذكرنا - فقد انهار حين عدل الفقه والقضاء عنه الى معيار « المرفق العام » « Le critère du service public » فمعيار

(١) راجع رسالة الدكتور ثروت بدوى ، سنة ١٩٥٥ بالفرنسية وموضوعها :

Le fait du prince dans les Contrats Administratifs.

ص ١٧ وما بعدها .

السلطة العامة يعيبه المفوض ، لأنه لا يقدم فاصلا دقيقا بين أعمال السلطة العامة والتصرفات المادية ، كما أنه يضيق مجال القانون الإدارى الى حد كبير اذ يخرج من نطاقه كل تصرف ادارى لا يكون مطبوعا بخصائص السلطة العامة . وأخيرا فانه يتجاهل مستلزمات الحياة الادارية الحديثة ، ذلك أن الادارة ، فى خارج نطاق فكرة السلطة ، قد تحتاج الى قواعد خاصة لتسهيل مهمتها فى تحقيق النفع العام^(١) .

وعلى هذا الأساس أهمل مجلس الدولة الفرنسى فى مطلع القرن الحالى المعيار المستمد من فكرة السلطة العامة ، واستبدل به معيار المرفق العام ، كما صوره فى حكم «Terrier» الصادر فى ٦ فبراير سنة ١٩٠٣^(٢) . فقد أوضح المفوض روميو فى تقريره الذى قدمه بهذا الخصوص ، أن اختصاص القضاء الإدارى يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة ، قومية كانت أو محلية ، سواء أكانت وسيلة الادارة فى ذلك عملا من أعمال السلطة أو تصرفا عاديا . فالعقود التى تبرمها الادارة بهذا الخصوص هى أعمال ادارية بطبيعتها ، وبالتالي يجب أن يختص القضاء الإدارى بالفصل فى كل ما ينجم عنها من منازعات .

وإذا كان هذا التصوير من شأنه أن يجعل علاقة القانون الإدارى بالمرفق العام علاقة حتمية ، فإن المفوض روميو قد حرص فى تقريره السابق على أن يبرز أن فكرة المرفق العام - وان كانت ضرورية لكى يختص القضاء الإدارى بالفصل فى المنازعات المتعلقة بأعمال الادارة - فإن الادارة حرة فى أن تلجأ الى وسائل القانون الخاص اذا رأت أن تلك الوسائل أنجع فى تسيير المرافق العامة . وبأعمال القواعد السابقة ، تكتسب عقود الادارة الصيغة

(١) راجع فى التفاصيل مؤلفنا مبادئ القانون الإدارى وقد سبقت الاشارة اليه .

(٢) سبرى ، سنة ١٩٥٣ القسم الثالث ص ٢٥ مع تقرير المفوض روميو وتعليق هوريو .

الادارية ، لا بناء على ارادة المشرع ، ولكن استنادا الى خصائصها الذاتية . كما أنه لا يكفي أن ينص المشرع على أن المنازعات المتعلقة بعقد معين تدخل في اختصاص المحاكم الادارية للقول باختصاصه لقواعد القانون العام ، بل يجب أن يحتوى العقد الذى تبرمه الادارة على خصائص ذاتية تجعل خضوعه لقواعد القانون العام أمرا حتميا .

ويترتب على هذا المسلك أيضا مرونة العقود الادارية ، فهى ليست محصورة سلفا فى عدد معين من العقود ، ولكن مجالها يمتد الى كل اتفاق تبرمه الادارة مع الأفراد ، وتنصرف نيتها الى أن تسبغ عليه الصفة السابقة .

الفصل الثاني

نشأة العقود الادارية فى مصر

ذكرنا فيما سبق أن أحكام العقود الادارية هى من صنع القضاء الادارى فى فرنسا . ولما كانت مصر لم تأخذ بنظام القضاء الادارى إلا ابتداء من سنة ١٩٤٦ ، فليس من المستغرب أن نقرر من الآن ، أن نظرية العقد الادارى ، لم تصرف سبيلها الى القانون الادارى المصرى إلا بعد التاريخ السابق . وهذا ما سوف نبزّه بدراسة الأوضاع القانونية قبل وبعد انشاء مجلس الدولة فى مصر ، فنستعرض فكرة العقد الادارى أمام المحاكم القضائية ثم أمام مجلس الدولة المصرى .

المبحث الأول

فكرة العقد الادارى أمام المحاكم القضائية

نستطيع أن نقول - دون مبالاة - ان المحاكم القضائية أهلية ومختلطة لم تعرف القواعد الادارية التى شادها مجلس الدولة الفرنسى لتحكم العقود الادارية والتى سنعرض لها تفصيلا فيما بعد ، بل كانت تطبق على عقود الادارة القواعد الواردة فى التشريعات الخاصة بكل عقد منها . فاذا لم يكن ثمة تشريعات خاصة ، طبقت القواعد الواردة فى القانون المدنى ، على أساس أن القاضى مهمته تطبيق القانون لا خلق القانون .

نجد هذا المعنى واضحا فى رفض القضاء الأهلى والمختلط الأخذ بنظرية الظروف الطارئة التى أقرها مجلس الدولة الفرنسى من تاريخ متقدم .

وعلى هذا الأساس أصدرت محكمة الاستئناف المختلطة حكما فى ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ أنكرت بمقتضاه على شركة مياه

« كما تولد الاتفاقات بإرادة الطرفين ، فانها لا يمكن أن تتمدد خلال المدة المقررة لتنفيذها الا برضاء الطرفين ، ومن ثم يكون الحكم الابتدائي قد أصاب اذ رفض طلب الادارة »^(١) .

واعمالا لذات المبدأ استقرت أحكامها على منع الادارة من تغيير الرسوم التي تتقاضاها شركات الامتياز من المنتفعين بخدماتها^(٢) .
وبالرغم من اخضاع العقود الادارية للمبادئ المدنية بصفة عامة ، فان بعض الأحكام القضائية قد أبرزت الصفات الخاصة بالمعقود الادارية ، وعلاقتها بالمرفق العام . ففى حكم لمحكمة الاستئناف المختلطة صادر فى ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ تقرر أنه فى حالة عدم وجود تشريعات خاصة لتنظيم المعقود الادارية ، فانه على المحاكم عند التصدى للمنازعات المتولدة عن تلك المعقود ، أن تراعى المبادئ الخاصة بالمعقود الادارية والتي يمكن استمدادها من المبادئ العامة التى يقوم عليها القانون الادارى ، ذلك القانون الذى يوجد حتما فى كل دولة متحضرة^(٣) .

ولكن هذا الاتجاه ظل نظريا ، فلم يتمخض عن نظام قانونى واضح المعالم للمعقود الادارية ، يميزها عن عقود القانون الخاص ، حتى اضطر المشرع الى التدخل فى بعض الحالات والتي أهمها اصدار القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة .

(١) مجموعة التشريع والقضاء المختلط ، السنة السادسة ، ص ٣٤٥ . ومع ذلك فقد خولت المحكمة للادارة حق نقل السلطنة الى المكان الجديد ، باعتبارها سلطة بوليس ، لا طرفا فى عقد ادارى . راجع تعليق الدكتور ثروت بدوى على هذا الحكم . فى رسالته بالفرنسية عن أعمال الأمير ، طبعة سنة ١٩٥٥ ، ص ٢٣ و ص ٥٢ .
(٢) محكمة القاهرة المختلطة فى ٢ مارس سنة ١٨٩٦ ، وقد أيدته محكمة الاستئناف المختلطة فى حكمها الصادر فى ٣ يونيو سنة ١٨٩٦ ، مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة ٨ ص ٣١٣ وحكم محكمة الاسكندرية المختلطة فى ٦ مايو سنة ١٩٢٦ ، المجازيت ، السنة ١٦ ص ٢٥٥ .

(٣) « ... règles spéciales appliquées aux contrats administratifs, règles qui découlent des principes généraux du droit ... le droit administratif existe nécessairement dans tout Etat civilisé. »

مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة ٤٥ ص ١١٤ .

المبحث الثانى

فكرة العقد الادارى أمام مجلس الدولة

حينما أنشئت محكمة القضاء الادارى المصرى سنة ١٩٤٦ حددت المسائل الداخلة فى اختصاصاتها على سبيل المحصر • وهو المسلك الذى التزمه المشرع حتى سنة ١٩٧٢ • ولم يرد فى ذلك القانون شىء يتعلق بالمقود الادارية • وهكذا احتفظت المعاكم القضائية - أهلية ومختلطة - باختصاصها كاملا فى مجال المقود الادارية ، وان كان قسم الرأى بمجلس الدولة قد احتفظ بحق الفتوى فيما يمن للإدارة من أمور منها - بطبيعة الحال - المنازعات المتعلقة بالمقود الادارية • وبقي الحال على ذلك حتى صدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ ، ليحل محل القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ •

• وقد استحدث هذا القانون فيما استحدثته، النص فى المادة الخامسة منه على اختصاص محكمة القضاء الادارى بالفصل فى المنازعات الخاصة بمقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الادارية التى تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر فى المقدم • وقد اتسم هذا الاختصاص الجديد بتحديدته من نواح ثلاث :

الأولى : أنه لم يمد اختصاص محكمة القضاء الادارى المصرية الى جميع أنواع المقود الادارية ، وإنما قصر هذا الاختصاص على ثلاثة عقود أساسية هى عقود الامتياز والأشغال العامة والتوريد الادارية • وقد بررت لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب هذا التحديد بقولها « • • لأنه لا يشترط أن كل عقد تكون الإدارة طرفا فيه يصدق عليه أنه عقد ادارى ، فكثيرا ما ترتبط الإدارة كائى فرد من الأفراد بمقود عادية ، ولأن تكييف العقد بأنه ادارى كان ولا يزال موضع خلاف كبير ، ولم ينته استقرار الفقهاء الى ضابط يحدد المقصود من المقدم الادارى تحديدا مانعا ، فالإقتصار فى هذا الصدد على تلك المقود المينة يكفى هذا الخلاف الطويل » • ولا شك أن المقود الادارية

الثلاثة السابقة هي أهم العقود الادارية ، ولكنها ليست كل العقود الادارية . وبالتالي فإن تقرير قصر الاختصاص على تلك العقود استنادا الى هذا الاعتبار كان فيه كثير من المفالة ، لأن مميّار تمييز العقود الادارية أصبح واضحا لدرجة كافية كما سنرى فيما بعد .

ولهذا فقد احتالت محكمة القضاء الادارى - فى ظل القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ - لتوسع اختصاصها فى مجال العقود الادارية كما فعل مجلس الدولة الفرنسى من قبل ، فمدت اختصاصها الى عقود لم ترد فى النص استنادا الى اتصالها بمقد من العقود الثلاثة السابقة . ومن هذا القبيل حكمها الصادر فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ ، والذى جاء فيه : « وطبقا للمادة الخامسة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ الخاص بمجلس الدولة تختص هذه المحكمة بالفصل فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الادارية اختصاصا مطلقا شاملا لكل المنازعات وما يتفرع منها . وعلى هدى ما تقدم يتبين أن المنازعة موضوع الدعوى الغاء وتمويضا انما نشأت عن العقد الادارى الذى تمهد فيه المدعون بالمساهمة فى نفقات مشروع من مشروعات الأشغال العامة هو مشروع انشاء مبنى المحكمة عن طريق هبة الأرض التى تقام عليها ومبلغ من المال ، فهى منازعة وثيقة الارتباط بمقد من عقود الأشغال العامة هو تشييد هذا المبنى بحيث تعتبر خاصة به ، وبالتالي تندرج فيما تختص المحكمة بنظره بمقتضى المادة المشار اليها ، ومن ثم يكون الدفع بعدم الاختصاص فى غير محله متعينا رفضة »^(١) . وهكذا مد المجلس اختصاصه الى عقد تقديم المعاونة استنادا الى اتصاله بمقد الأشغال العامة المنصوص عليه .

الثانية : أن اختصاص القضاء الادارى وفقا لقانون سنة ١٩٤٩ لا يتناول جميع المنازعات المتعلقة بالعقود الادارية الثلاثة السابقة

(١) مجموعة أحكام المجلس ، السنة السادسة ، ص ٢١٤ .

وانما يقتصر على المنازعات التى تنشأ بين الحكومة وبين الطرف الآخر فى العقد . وقد أضافت لجنة العدل بمجلس الشيوخ هذا القيد وبررته بأن الفقرة المضافة قصد بها تحديد معنى المنازعات بحيث أخرج من اختصاص محكمة القضاء الادارى المنازعات التى تنشأ بين الملتزم أو المتعهد وبين باقى الأفراد عما يصيبهم من الأضرار بسبب تقصير المتعهد أو الملتزم ، فانها تكون دائماً من اختصاص المحاكم العادية . وهذا الاطلاق محل نظر كما سنرى تفصيلاً فيما بعد .

الثالثة : أن النظر فى المنازعات المتعلقة بالمقود الثلاثة السابقة فى الحدود التى رسمناها ، لم يكن من الاختصاص المطلق لمحكمة القضاء الادارى ، بل كان شركة بين المحاكم القضائية ومحكمة القضاء الادارى ، يلجأ ذو المصلحة الى أى من الجهتين يشاء مع احترام القواعد التى وضعها المشرع لمنع الجهتين من نظر ذات الموضوع . وكان ذلك أبرز الميوسب التى شابت الاصلاح الذى حققه قانون سنة ١٩٤٩ . والغريب أن لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب قد بررت الاختصاص الجديد لمجلس الدولة بأنه « .. يتيح الفصل فيما ينشأ من المنازعات حول هذه المقود ، دون تقييد بالنصوص المدنية البحتة ويفسح المجال للأخذ فى شأنها بنظريات قد لا تتسع لها نصوص القانون المدنى ، كتنظرية الظروف الطارئة التى وضع القضاء الادارى أساسها ، ولم تأخذ بها المحاكم العادية بعد لتأثرها بنظرية القوة القاهرة كما يعرفها القانون المدنى » . وواضح أن هذا التبرير يعارض أشد المعارضة جعل الاختصاص مشتركاً بين المحاكم القضائية - المقيدة بنصوص القانون المدنى ونظرياته - وبين القضاء الادارى الحر .

ولعل منطلق قانون سنة ١٩٤٩ ، والذى جعل المحاكم القضائية جهة الاختصاص العام بالمنازعات المتعلقة بالمقود الادارية ، قد أثر على فتاوى قسم الرأى بمجلس الدولة - التى صدرت فى تلك الفترة - فجاءت فى معظم الحالات على هدى القواعد المدنية . ومن

ذلك على سبيل المثال فتوى قسم الرأى مجتمعاً رقم ٢٦٠ فى ١٩٥٠/٨/٣٠ والتي جاء فيها : « ان النص فى المقعد على بقاء الآلات والمعدات الموجودة بالموقع ملكاً للحكومة اذا لم تقم الشركة بوفاء المبالغ المدفوعة اليها ، تبيعها الحكومة بدون اجراءات قضائية باطل ، لأن الأمر لا يمدو أن يكون اما بيعاً وفائياً ، وهو باطل طبقاً للقانون المدنى واما رهنا حيازياً وفى هذه الحالة يكون شرط البيع بدون اجراءات باطلاً طبقاً للمادتين ١١٠٨ و ١٠٥٢ من القانون المدنى »^(١) وفتوى الشبهة رقم ٥٩٢١ الصادر فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ والتي تقول : « بما أنه بالرجوع الى نصوص المقعد المبرم مع المفاوض يبين أنها لم تعرض الى حالة تحلل الوزارة من المقعد ، ومن ثم يتمين الرجوع الى القواعد العامة التى نص عليها القانون المدنى فى هذا الشأن^(٢) » والفتاوى المطردة بخصوص الشروط الجزائية التى تضمنتها الادارة عقودها من حيث اخضاعها للأحكام المدنية فى هذا الخصوص^(٣) .

وهذا كله بعكس الخطة التى التزمتها محكمة القضاء الادارى فانها - على الرغم من اختصاصها المحدود المقيد على النحو السابق - قد اتجهت من أول الأمر الى تطبيق أحكام القانون الادارى على ما يعرض عليها من منازعات متعلقة بالمعقود الادارية التى تدخل فى اختصاصها ، كما سنرى تفصيلاً فيما بعد .

فلما وضع القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ، تنبه الشارع الى ما فى الوضع السابق من عيوب ، لأنه من غير المعقول أن يترك للأفراد اختيار القواعد القانونية التى تحكم نوعاً واحداً من المنازعات ، وهو ما كان يؤدى اليه الوضع السابق^(٤) .

(١) مجموعة فتاوى المجلس ، السنتين ٤ و ٥ ص ٨٠ .

(٢) مجموعة فتاوى المجلس السنتين ٦ و ٧ ص ٧٣٦ .

(٣) فتوى الشبهة رقم ٢٥٥ فى ١٣ يناير سنة ١٩٥٣ ، السنتين ٦ و ٧ ص ٥٣٣ .

(٤) لأن التماقذ مع الادارة كان فى وسعه أن يختار وفقاً لمصلحته الخاصة بين القواعد الادارية أو المدنية التى تحكم النزاع ، وذلك عن طريق الاختيار بين المحاكم القضائية أو محكمة القضاء الادارى .

ولهذا نصت المادة العاشرة منه على أن « يفصل مجلس الدولة
بهيئة قضاء ادارى دون غيره فى المنازعات الخاصة بمقود الالتزام
والأشغال العامة والتوريد أو يأى عقد ادارى آخر » .

وبررت المذكرة الايضاحية للقانون هذا الاختصاص الجديد
بقولها « ولقد كان الفصل فى طلبات التعويض المترتبة على القرارات
الادارية ، وكذلك الفصل فى المنازعات الخاصة بمقود الالتزام
والأشغال العامة والتوريد وسائر العقود الادارية مشتركا بين
القضاء الادارى والقضاء العادى . ولا يخفى ما فى هذا الاشتراك
فى الاختصاص من مميزات ، أقلها التعارض فى تأصيل المبادئ
القانونية التى تحكم هذه الروابط القانونية ، ولذلك رأى أن يكون
الفصل فيها من اختصاص القضاء الادارى وحده ، وهى الجهة
الطبيعية باعتبار أن تلك الروابط من مجالات القانون الادارى أو
القانون العام » . ولاشك فى سلامة الاعتبارات التى أوردتها المذكرة
الايضاحية . ولقد بقى هذا النص رقما ولفظا فى القانون رقم ٥٥
لسنة ١٩٥٩ فى شأن تنظيم مجلس الدولة .

أما فى القانون الحالى لمجلس الدولة (رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢)
فان اختصاص القضاء الادارى بالمنازعات المتعلقة بالمقود الادارية
قد ورد فى الفقرة رقم ١١ من المادة العاشرة والتى تنص على أن
« تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل فى المسائل
الآتية » حادى عشر : « المنازعات الخاصة بمقود الالتزام أو
الأشغال العامة أو التوريد أو يأى عقد ادارى آخر » وهى ذات
الصياغة الواردة فى القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ، وفى القانون
رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ .

هذا ويلاحظ أن النص فى القوانين الثلاثة المشار إليها قد
أطلق اختصاص القضاء الادارى بالنظر فى المنازعات المتعلقة
بالمقود الادارية من جميع القيود السابقة ، فلم يمد ذلك الاختصاص
مقصورا على عدد معين من عقود الادارة ، بل شمل جميع العقود
الادارية ، وامتد الى كافة المنازعات المتعلقة بتلك العقود .
(م - ٤ المقود الادارية)

وهكذا أصبح الوضع طبيعيا بعد صدور القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ، اذ توحدت جهة الاختصاص فى موضوع المقود الادارية ، وبالتالى توحدت القواعد الموضوعية التى تحكم المنازعات المتعلقة بها ، وأصبح اتجاه مجلس الدولة المصرى الى تطبيق القواعد الادارية فى هذا المجال ، اتجاها حقيقيا لا يعد منه ، أو ينقص من قيمته ، التزام المحاكم القضائية بتطبيق القواعد المدنية .

ولقد كان لهذا التغيير الجوهرى أثره المباشر على فتاوى القسم الاستشارى ، فاذا كان قسم الرأى معذورا قبل صدور القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ فى أن يتأثر - ان كثيرا أو قليلا - بالقواعد المدنية ، فلأن المحاكم القضائية ذات الاختصاص العام فى مجال عقود الادارة - مدنية أو ادارية - حتى صدور القانون السابق كانت مقيدة بالنصوص المدنية ، وكان من المستحسن أن يكون ثمة انسجام بين الفتاوى والأحكام . أما بعد صدور القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ فلم يكن ثمة مناص من التزام القواعد الادارية فى مجال الفتاوى مسaire لقضاء المجلس المستقر فى هذا الصدد . وهذا ما فعله القسم الاستشارى . ونكتفى فى هذا الخصوص بأن نذكر على سبيل المثال فتويين من فتاويه التى تكشف عن هذا التحول :

أولا : فتوى الجمعية العمومية رقم ٦٣٧ بتاريخ ٢٢/١٠/١٩٥٦ بخصوص غرامات التأخير وقد جاء فيها : « ان المقود الادارية تختلف فى طبيعتها عن المقود المدنية ، ذلك لأنها تعقد بين شخص من أشخاص القانون العام وشخص من أشخاص القانون الخاص بقصد تحقيق مصالح عامة ، ومركز المتعاقدين فيها غير متكافى ، اذ يجب أن يراعى فيها دائما تغليب الصالح العام على الصالح الخاص . وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين عند تطبيقه وتفسيره ، كما أن الادارة تراعى فى الشروط الجزائية المنصوص عليها فى عقد ما ، ملامتها لطبيعة هذا العقد وقيمه وموجبات السرعة فى تنفيذه وضرورة اتمام هذا التنفيذ فى وقت معين وطريقة معينة حتى تكفل انتظام سير المرفق العام . هذا فضلا عن

أن المتعاقد مع الادارة يقبل التعاقد مقدما بجميع الشروط والظروف المحيطة بالمعقد ، وينبنى على ذلك أنه فى حالة التأخير فى تنفيذ العقود الادارية يكون الضرر مفترضا وقائما حتما بمجرد حصول التأخير لما ينطوى عليه التراخى فى تنفيذ هذه العقود - فى حد ذاته وبفض النظر عما عساه يقع من أضرار أخرى - من اخلال بالنظم والترتيبات التى تضمها الادارة وتحرص على التزامها من تمويق ولو جزئى لحسن سير دولاى الأعمال الحكومية وتتابع حلقاته وترابطها - وفى ذلك الاخلال وهذا التمويق مساس ولا ريب بالصالح العام ، الذى ينبغى أن يكون دائما محلا للاعتبار فى العقود الادارية » .

ثانيا : فتوى الجمعية العمومية رقم ١٣٣ بتاريخ ٤ فبراير سنة ١٩٥٦ ، وهى وإن كانت خاصة بمقد الالتزام ، الا أنها فى عمومها تصدق على باقى العقود : جاء فى تلك الفتوى : « من المسلم فقها وقضاء أن مانح الالتزام يملك بإرادته المنفردة تعديل الشروط اللائحة لمقد الالتزام فى أى وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم » . وحق تعديل الشروط اللائحة مستمد من طبيعة موضوع المعقد وهو المرفق العام ، إذ القاعدة الأساسية أن السلطة هى صاحبة الكلمة العامة فى تنظيم وإدارة المرافق العامة لتعلق ذلك بالصالح العام . فإذا تغيرت الظروف وأصبح نظام المرفق الذى تقرر وقت التعاقد لا يتفق مع الظروف الجديدة ، ولا يحقق المنفعة التى أنشئ لتحقيقها ، كان للسلطة العامة مانحة الالتزام أن تغير هذا النظام وأن تفرض على الملتزم بمحض سلطتها النظام الذى تراه أدنى الى تحقيق المصلحة العامة ... »

« ولقد أخذ المشرع المصرى بما استقر عليه الفقه والقضاء الاداريين فى هذا الشأن ، إذ نص القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة فى المادة الخامسة منه على أن « لمانح

الالتزام دائما متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله » .

فكان الجمعية العمومية للقسم الاستشارى ترى أن النص السابق ان هو الا مجرد تطبيق للنظرية العامة فى العقود الادارية .

وسوف نعرض عند تصدينا لدراسة الأحكام التفصيلية لنظرية العقد الادارى الى أهم الفتاوى المنشورة لقسم الرأى فى هذا الخصوص .

الباب الثاني

معيار تمييز العقود الادارية

ليس كل عقد تبرمه الادارة عقدا اداريا يخضع للقانون العام ويكون الاختصاص بالفصل في المنازعات المتعلقة به للقضاء الادارى ، بل يقتصر ذلك على فئة خاصة من عقود الادارة كما ذكرنا ، هي التى يطلق عليها اصطلاح « العقود الادارية » .

فكيف يمكن تمييز العقود الادارية عن عقود الأفراد وعقود الادارة التى تخضع للقانون الخاص ؟! لقد رأينا فيما سبق أن لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب قد استندت الى صعوبة التمييز بين النوعين السابقين من العقود ، لكى تبرر قصر اختصاص القضاء الادارى المصرى على ثلاثة عقود فحسب بمقتضى القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ على التفصيل السابق . واذا كان معيار التمييز بين العقود الادارية وغيرها دقيقا فى بعض الأحيان ، فان الفقه والقضاء الاداريين قد وصلا به الى درجة كبيرة من الوضوح فى الوقت الحاضر . ولما كان مجلس الدولة المصرى قد سار على غرار مسلك مجلس الدولة الفرنسى ، فأننا سنكتفى بمرض المعيار المستقر فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى مع الاشارة الى قضاء مجلس الدولة المصرى فى هذا الخصوص ، ومع ابراز خصائص وضعنا القانونى فى الحالات التى يختلف فيها هذا الوضع فى مصر عنه فى فرنسا .

والمعقود الادارية فى فرنسا تنتمى فى الوقت الحاضر الى طائفتين :

اولا : المعقود الادارية بتحديد القانون .

ثانيا : المعقود الادارية بطبيعتها .

وسوف نشير الى النوعين على التوالى :

الالتزام دائما متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استقلاله » •

فكان الجمعية العمومية للقسم الاستشاري ترى أن النص السابق ان هو الا مجرد تطبيق للنظرية العامة في العقود الادارية •

وسوف نعرض عند تصدينا لدراسة الأحكام التفصيلية لنظرية العقد الإداري الى أهم الفتاوى المنشورة لقسم الرأى فى هذا الخصوص •

الباب الثاني

معيار تمييز العقود الادارية

ليس كل عقد تبرمه الادارة عقدا اداريا يخضع للقانون العام ويكون الاختصاص بالفصل في المنازعات المتعلقة به للقضاء الادارى ، بل يقتصر ذلك على فئة خاصة من عقود الادارة كما ذكرنا ، هي التى يطلق عليها اصطلاح « العقود الادارية » . فكيف يمكن تمييز العقود الادارية عن عقود الأفراد وعقود الادارة التى تخضع للقانون الخاص ؟! لقد رأينا فيما سبق أن لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب قد استندت الى صعوبة التمييز بين النوعين السابقين من العقود ، لكى تبرر قصر اختصاص القضاء الادارى المصرى على ثلاثة عقود فحسب بمقتضى القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ على التفصيل السابق . واذا كان معيار التمييز بين العقود الادارية وغيرها دقيقا فى بعض الأحيان ، فان الفقه والقضاء الاداريين قد وصلا به الى درجة كبيرة من الوضوح فى الوقت الحاضر . ولما كان مجلس الدولة المصرى قد سار على غرار مسلك مجلس الدولة الفرنسى ، فاننا سنكتفى بعرض الميعار المستقر فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى مع الاشارة الى قضاء مجلس الدولة المصرى فى هذا الخصوص ، ومع ابراز خصائص وضعنا القانونى فى الحالات التى يختلف فيها هذا الوضع فى مصر عنه فى فرنسا .

والعقود الادارية فى فرنسا تنتمى فى الوقت الحاضر الى طائفتين :

أولا : العقود الادارية بتحديد القانون .

ثانيا : العقود الادارية بطبيعتها .

وسوف نشير الى النوعين على التوالى :

الفصل الأول

العقود الادارية بتحديد القانون

رأيتا عند تصدينا لدراسة نشأة العقود الادارية في فرنسا ، أن اختصاص القضاء الادارى بالفصل في المنازعات الناجمة عن عقود الادارة ، لم يكن في أول الأمر عاما ، بل تناول عقودا بيمينها من عقود الادارة أدرجها المشرع في اختصاص القضاء الادارى الفرنسى ، سواء في اختصاص المجالس الاقليمية «Les conseils de préfecture» - التى أصبحت تسمى فى الوقت الحاضر بالمحاكم الادارية الاقليمية - أو فى اختصاص مجلس الدولة . ولما كان مجلس الدولة يطبق قواعد القانون العام ، فقد ترتب على ذلك أن اعتبرت تلك العقود عقودا ادارية بتحديد القانون Contrats administratifs par détermination de la loi.

وقد استند المجلس الى تلك النصوص - كما ذكرنا - لكى يدخل فى اختصاصه المنازعات المتعلقة بكثير من عقود الادارة التى لم يرد النص عليها صراحة ، اذا وجد بينها وبين العقود المنصوص عليها صلة .

ولقد كان هذا المسلك مفيدا فيما مضى ، حينما كان القانون الادارى يقوم على معيار السلطة العامة ، تلك الفكرة التى تستبعد العقود الادارية - باعتبارها مجرد تصرفات عادية لا تنطوى بطبيعتها على عنصر السلطان - من نطاق القانون الادارى . ولكن بعد أن هجر المعيار السابق ، أصبحت طائفة العقود الادارية بتحديد القانون محل نظر ، بل وأضحت لا تتسجم مع الأفكار التى يقوم عليها القانون الادارى الحديث . ذلك أننا لو استعرضنا العقود الادارية بتحديد القانون كما هى واردة فى القانون الادارى الفرنسى لوجدنا أنها - كما لاحظ فقهاء القانون العام بحق - تنتمى الى احدى طوائف ثلاث :

أولا : أن بعض العقود الادارية بتحديد القانون هي باستمرار ووفقا لطبيعتها الذاتية، عقود ادارية «Contrats administratifs par natures» ومن أوضح الأمثلة على ذلك عقد الأشغال العامة ، فهو من أوائل العقود الادارية بتحديد القانون ، وهو في ذات الوقت عقد ادارى بطبيعته ، وقد كان الأساس الذى استند اليه القضاء الادارى الفرنسى - بل والمصرى فى الفترة ما بين سنة ١٩٤٩ وسنة ١٩٥٥ - لسحب اختصاصه الى كثير من العقود الادارية بطبيعتها اذا ما تضمنت عنصرا من عناصر الأشغال العامة^(١) .
وحيث أن يكون النص على ادراج العقد فى نطاق اختصاص القضاء الادارى من قبيل تحصيل الحاصل ، ويمكن اعتبار العقد عقدا اداريا بطبيعته لا بتحديد القانون .

ثانيا : وأحيانا - وهو الغالب - يكون العقد الذى نص على اختصاص القضاء الادارى بالفصل فى المنازعات المتعلقة به ، غير ادارى بطبيعته فى جميع الأحوال ، فهو - وفقا لمصانف العقود الادارية الذاتية والتي سنشرحها بالتفصيل فيما بعد - قد يكون اداريا أو من عقود القانون الخاص بحسب الأحوال . وهنا تثار فكرة العقود الادارية بتحديد القانون لو تحتم اعتبار العقد فى جميع الحالات عقد اداريا لمجرد أن المشرع قد جعل الفصل فى المنازعات المتعلقة به من اختصاص القضاء الادارى . ولكن مجلس الدولة

(١) راجع على سبيل المثال حكم مجلس الدولة المصرى فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ السنة السادسة ص ٢١٤ ، حيث يقول : « طبقا للمادة الخامسة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ الخاص بمجلس الدولة تختص هذه المحكمة بالفصل فى المنازعات الخاصة بمقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الادارية ... وعلى مدى ما تقدم يتبين أن المنازعات موضوع الدعوى الغاء وتعويضات انما نشأت عن العقد الادارى الذى تمهد فيه المدعون بالمساهمة فى نفقات مشروع الأشغال العامة هو مشروع انشاء مبنى المحكمة عن طريق هبة الأرض التى تقام عليها وبلغ من المال ، فهى منازعة وثيقة الارتباط بمقد من عقود الأشغال العامة هو تشييد هذا المبنى بحيث يعتبر خاصة به وبالتالي تندرج فيما تختص المحكمة بنظره بمقتضى المادة المشار اليها ... » .

وهكذا مد المجلس اختصاصه الى عقد تقديم المعاونة عن طريق ادراجها فى نطاق الأشغال العامة .

الفرنسي لا يميل الى التزام الحطة السابقة فى جميع الحالات ، بل اعتنق تفسيراً مقتضاه ألا ينمقد اختصاصه فى هذه الحالة الا اذا كان المقد اداريا بطبيعته ، ومن هذا القبيل عقود التوريد .

ثالثا : وأخيرا ، فقد يكون المقد المنصوص على اختصاص القضاء الادارى المنازعات المتعلقة به مع عقود القانون الخاص فى جميع الحالات - وهنا نكون أمام فكرة المقد الادارى بتحديد القانون كاملة - ومن أوضح الأمثلة عليها المنازعات المتعلقة بمقود بيع أملاك الدولة الخاصة المقارية « Les ventes d'immeubles de l'Etat » والمسلم به أن ادراج مثل تلك المنازعات فى نطاق الاختصاص الادارى ، هو أمر منتقد ، ويرجع الى أسباب تاريخية خاصة بظروف فرنسا الاجتماعية والسياسية - ومن ثم فإن المجلس يضيق من اختصاصه بتلك المنازعات الى أقصى حد ممكن^(١) .

هل لفكرة « العقود الادارية بتحديد القانون » مجال فى مصر ؟

ترجع الفكرة السابقة - كما رأينا - الى ادراج المنازعات المتعلقة بمقد من المقود فى نطاق اختصاص القضاء الادارى . وبالرجوع الى القوانين التى نظمت اختصاص مجلس الدولة المصرى نجد أن القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ لم يتضمن أية اشارة الى عقود الادارة . ثم ورد النص بعد ذلك فى القوانين اللاحقة على النحو التالى :

أولا : المادة ٥ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ ونصها : « تفصل محكمة القضاء الادارى فى المنازعات الخاصة بمقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الادارية .. » .

ثانيا : المادة ١٠ من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ والقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ وتقول : « يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء

(١) راجع فى تفاصيل كل ما سبق ، مطول دى لوبادير فى المقود ، المرجع السابق ص ٣٧ وما بعدها من الجزء الأول .

إدارى دون غيره فى المنازعات الخاصة بمقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأى عقد إدارى آخر » .

ثالثا - الفقرة رقم ١١ من المادة الماشرة مع القانون الحالى وتقتصر على محاكم مجلس الدولة الفصل « فى المنازعات الخاصة بمقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأى عقد إدارى آخر » .

ولقد كانت صياغة المادة ٥ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ توحى بأن المقود الثلاثة الواردة بها هى عقود إدارية بتحديد القانون . ولكن فحص النص عن كثب يؤدى الى العكس : فالمسلم به فقها وقضاء - كما سنرى - أن عقود الالتزام وعقود الأشغال العامة هى عقود إدارية دائما وفقا لخصائصها الذاتية ، ولصلتها الوثيقة بمبادئ القانون العام . أما المقد الثالث وهو عقد التوريد ، فهو المقد الذى قد يكون إداريا أو غير إدارى وفقا لارادة الإدارة . ولهذا فقد حرص نص المادة الخامسة على أن يتمتع صراحة بصفة « الادارية » مما كان يستبعد من اختصاص المجلس المنازعات المتعلقة بمقود التوريد غير الادارية . وهذا هو المستفاد من الأعمال التحضيرية التى صاحبت صياغة المادة الخامسة السابقة ، والتى أشرنا الى بعضها فيما سلف . أما صياغة المادة الماشرة مع القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ، والقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ وكذلك الفقرة ١١ مع القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، فهى قاطمة ، اذ جاء فيها ذكر المقود الادارية الثلاثة على سبيل التمثيل ، يؤيد ذلك نهاية المادة التى تقول « ... أو بأى عقد إدارى آخر » .

ومن ثم فائنا ننتهى^(١) الى استبعاد فكرة « المقود الادارية بتحديد القانون » من نطاق القانون المصرى . وحسنا فعل المشرع لأن اختصاص القضاء الادارى يجب أن يقتصر على مجالات القانون العام . أما تطبيق قواعد القانون الخاص ، فالمحاكم القضائية إدارى

(١) وكان هذا رأينا من أول الأمر .

به وبمقتضياته من القضاء الإداري • وهذا هو ما انتهت إليه محكمة
القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ٩ ديسمبر سنة
١٩٥٦ حيث تقول - بعد أن امتنعت مختلف المراحل التي مر بها
اختصاص مجلس الدولة المصري في مجال العقود الإدارية - « • •
فلم يعد هذا الاختصاص مقصورا على عدد معين من عقود الإدارة
بل انطوى على كافة العقود الإدارية وامتد الى مختلف المنازعات
المتعلقة بتلك العقود • • • فقد أصبحت العقود الإدارية في مصر
عقودا إدارية بطبيعتها ، ووفقا لخصائصها الذاتية لا بتحديد القانون
ولا وفقا لإرادة الشارع^(١) » • • • وسوف نزيد هذا الأمر تفصيلا
فيما بعد •

(١) القضية رقم ٨٧٠ لسنة ٥ قضائية (السيد / محمد زيدان ضد وزارات
الزراعة والمعارف والتموين والمالية) ، س ١١ ، ص ٧٦ •

الفصل الثاني

المعيار القضائي في تمييز العقود الادارية

يمكن تعريف العقد الادارى ، وفقا للغالب في قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، بأنه « ذلك الذى يبرمه شخص معنوى عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه ، وتظهر فيه نية الادارة فى الأخذ بأحكام القانون العام ، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة فى القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الادارة الاشتراك مباشرة فى تسيير المرفق العام » .

ويقوم المعيار - كما هو واضح من التعريف السابق - على أسس ثلاثة وهى :

- ١ - أن تكون الادارة طرفا فى العقد .
- ٢ - صلة العقد بالمرفق العام .
- ٣ - وسائل القانون العام .

هذه هى الأسس التى يقوم عليها العقد الادارى بطبيعته وفقا للرأى الغالب ، مع خلاف فى التفاصيل .

وهذا هو الرأى الذى أخذت به محكمة القضاء الادارى ، وقسم الرأى ، واعتمدته المحكمة الادارية العليا ، ثم أقرته أيضا المحكمة الدستورية العليا باعتبارها محكمة تنازع ، وذلك على النحو التالى :

- ١ - أما محكمة القضاء الادارى فأنها تقول فى حكمها الصادر فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٥٧ « ... وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن العقد المبرم بين شخص معنوى عام وبين أحد الأفراد لا يستلزم بذاته اعتبار العقد من العقود الادارية ، بل ان المعيار المميز لهذه العقود عما عداها هو عقود القانون الخاص ، ليس فى صفة المتعاقد ،

بل فى موضوع العقد متى اتصل بمرفق عام من حيث تنظيم المرفق أو تسييره أو استغلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه مشتركا فى ذلك وعلى درجة متساوية يظهر نية الشخص المنوى العام فى أن يأخذ فى العقد بأسلوب القانون العام وأحكامه فيضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص^(١) . . . » .

٢ - ثم ان الجمعية العمومية للقسم الاستشارى للفتوى والتشريع قد أخذت بذات التعريف . فهى مثلا فى فتواها رقم ٦٣٧ بتاريخ ٢٣/١٠/١٩٥٦^(٢) تقرر « ان العقود الادارية تختلف فى طبيعتها عن العقود المدنية ، ذلك لأنها تعقد بين شخص من أشخاص القانون العام ، وشخص من أشخاص القانون الخاص ، بقصد تحقيق مصالح عامة ، ومركز المتعاقدين فيها غير متكافئ ، اذ يجب أن يراعى فيها دائما تغليب الصالح العام على الصالح الخاص وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين عند تطبيقه وتفسيره ، كما أن الادارة تراعى فى الشروط الجزائية المنصوص عليها فى عقد ما ملاءمتها لطبيعة هذا العقد وقيمه وموجبات السرعة فى تنفيذه فى وقت معين وبطريقة معينة حتى تكفل انتظام سير المرفق العام . هذا فضلا عن أن المتعاقد مع الادارة يقبل التعاقد وهو عالم مقدما بجمع الشروط والظروف المحيطة بالعقد . » .

٣ - كما أن قضاء المحكمة الادارية العليا قد استقر بدوره على

(١) القضية رقم ٧٧٩ لسنة ١٠ قضائية . وبنفس المعنى حكما الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (القضية رقم ٢٢٣ لسنة ١٠ قضائية) وقد جاء فيه : « ان العقد الإدارى هو العقد الذى يبرمه شخص معنوى من أشخاص القانون العام بقصد ادارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن يظهر نيته فى هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه ، وذلك يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص «Classes exorbitantes» وراجع حكما الصادر فى ١٠ مارس سنة ١٩٥٧ ، السنة ١١ ص ٢٥٤ وفى ١٢ مايو سنة ١٩٥٧ الحكم رقم ١٤٧٢ لسنة ١٠ قضائية ويبدأ كل من الحكمين بمباراة د وقد استقر قضاء هذه المحكمة . . . » .

(٢) مجموعة المبادئ التى قررتها الجمعية المشار اليها ، للأستاذ أحمد ميمى أبو خادى ، طبعة سنة ١٩٦٤ ص ٧٥١ برقم ٤٣٧ .

المعيار السابق . فالمحكمة تقرر مثلاً في حكمها الصادر في ٣١ مارس سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٥٢٧) « أن العقد يعتبر اداريا اذا كان أحد طرفيه شخصا معنوياً عاماً ، متصلاً بمرفق عام ، ومتضمناً شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص » . وهي تطبق هذا المبدأ - في حكمها الصادر في ١٩ مايو سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٨٩٠) - على حالة بعينها فتقول : « ٠٠ ان عقد ايجار ملاحه بور فؤاد المبرم بين شخص اداري ، هو وزارة الحربية وبين المدعى يتصل بنشاط متعلق بمرفق عام ، يخضع في ادارته للرأى الأعلى للسلطة الحاكمة ، ويقوم على تمكين أحد الأشخاص من الانفراد باستغلال مال عام والاستئثار به بطريقة تؤثر في هذا المرفق ، وهو مرفق الصيد الذى يحقق للخزانة العامة للدولة مصلحة مالية ، ويسد في الوقت ذاته حاجة عامة مشتركة بتوفيره للجمهور غذاء شهيياً هاماً ، مستهدفاً بذلك النفع العام » . وقد تضمن كما يتضح من مطالعة بنوده ، شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، وأخرى تنبئ في جملتها عن انصراف نية الادارة الى اتباع أسلوب القانون العام ، والأخذ بأحكامه ووسائله في شأنه ، مستخدمة في ذلك الامتيازات والحقوق المقررة لها بوصفها سلطة عامة ، ومعتمدة في تعاقدها على فكرة السلطة وعلى تمتعها بقسط من سيادة الدولة وسلطانها ، الأمر الذى يخضع هذه الرابطة - التى تتوافر فيها مميزات العقد الادارى وخصائصه - لأحكام القانون الادارى ، وبالتالي لاختصاص القضاء الادارى »

وما تزال المحكمة تعمل - في قضائها الحديث ، وباطراد - هذا المعيار الثلاثى ، سواء لاضفاء الصبغة الادارية على العقد ، أو لرفضها . ومن قضائها الحديث نسبياً في هذا الصدد أحكامها الصادرة في ٢ يناير سنة ١٩٦٥ ، س ١٠ ص ٣٨٦ ، وفي ٢٠ مايو سنة ١٩٦٧ ، س ١٢ ، ص ١٠٩٤ ، وفي أول يوليو سنة ١٩٦٧ ، س ١٢ ، ص ١٢١٧ وفي ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٧ ، س ١٣ ، ص ٣٥٩ ، وفي ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٨ س ١٣ ، ص ٥٥٧ . وفي هذا الحكم

وفى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ ، س ١٣ ، ص ٨٧٤ وفى هذا الحكم انتهت المحكمة الادارية العليا الى نفي الصفة الادارية عن المقدم . شرحت المحكمة عناصر المعيار الثلاثة بالتفصيل ، وفى ١٨ مايو سنة ١٩٦٨ س ١٣ ، ص ٩٥٣ وهو أيضا من الأحكام المفصلة فى هذا الخصوص . وفى ٢٦ فبراير سنة ١٩٧٢ ، س ١٧ ص ٢٦٣ ٠٠٠ الخ فقضاء المحكمة مستقر ومطرد فى هذا الخصوص ، وسوف نعود الى معظم هذه الأحكام فيما بعد .

٤ - وأخيرا فقد أتيت للمحكمة الدستورية العليا - باعتبارها محكمة تنازع - أن تتعرض لمعيار المقدم الإدارى ، فى كثير من أحكامها ، والتي نكتفى منها بحكمها الصادر فى ١٩ يناير سنة ١٩٨٠ (القضية رقم ٧ لسنة ١ قضائية ، المجموعة ، ص ٢٤٤) حيث تؤكد « يتمين لاعتبار المقدم عقدا اداريا أن يكون أحد طرفيه شخصا ممنويا عاما ، يتعاقد بوصفه سلطة عامة ، وأن يتصل المقدم بنشاط مرفق عام ، بقصد تسييره أو تنظيمه ، وأن يتسم بالطابع المميز للمقود الادارية ، وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه المقود من شروط استثنائية بالنسبة الى روابط القانون الخاص » . (وهى ذات الصيغة التى رددتها المحكمة فى حكمها الصادر فى ٢٩ يونية سنة ١٩٧٤ فى القضية رقم ١٠ لسنة ٤ قضائية) .

وهذا المعيار يأخذ بالراجع فى الفقه والقضاء الفرنسيين .
وفىما يلى نعرض لهذه العناصر الثلاثة بالتفصيل .

المبحث الأول

أن تكون الادارة طرفا فى العقد

وهذا العنصر الأول فى العقود الادارية لا يكاد يحتاج الى شرح : فالمقود الادارية هى طائفة من عقود الادارة ، وبالتالي فان المقدم الذى لا يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام لا يمكن

أن يعتبر عقدا اداريا بحال من الأحوال . كما أن كون الادارة طرفا فى عقد ما ، لا يحوله مباشرة الى عقد ادارى اذا لم يتوافر فيه الشرطان الآخران . ويكفى فى هذا الصدد أن نورد الملاحظات التالية :

١ - من أشخاص القانون العام ما لا شك فى صفته الادارية ، وبالتالي فإن صفة العقود التى يبرمها ليست محل شك ، ومن ذلك الأشخاص العامة الاقليمية (وهى الدولة ، والمحافظة والمركز والمدينة والمى والقرية) والأشخاص المصلحية وهى الهيئات العامة^(١) .

على أن القضاء الادارى قد اعترف بقيام أشخاص معنوية عامة أخرى - سواء فى فرنسا أو فى مصر - ذلك أن الأفكار الاشتراكية والاقتصاد الموجه الذى ساد العالم عقب الحربين العالميتين الأخيرتين قد أدى الى ظهور منظمات جديدة ، لم تألفها النظم الحكومية من قبل ، تشرف على كثير من نواحي النشاط الخاص أو المهنى ، وتتمتع بقدر كبير من السلطات العامة . ومن ثم فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسى فى حكميه الشهيرين فى قضيتي «Monpeurt et Bonguen» الى أن تلك المنظمات تعتبر من أشخاص القانون العام^(٢) . وبهذا المسلك أخذت محكمة القضاء الادارى المصرية فيما يتعلق بالانتخابات المهنية المختلفة كمنقابة المحامين والأطباء والمهندسين ... الخ وبطركخانة الأقباط الأرثوذكس ، والمجلس الملى العام ، والمجلس الصوفى الأعلى ... الخ^(٣) . ويترتب على الاعتراف بالصفة العامة للأشخاص المعنوية السابقة أن تكون العقود التى تبرمها ادارية اذا ما استوفت باقى الشروط^(٤) .

(١) يلاحظ الغاء المؤسسات العامة سنة ١٩٧٥ .

(٢ و ٣) فى التفاصيل مؤلفنا « مبادئ القانون الادارى » وقد سبقت الإشارة اليه .

(٣) راجع على سبيل المثال حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى أول يوليو سنة ١٩٤٩ فى قضية «Mouline de Boissy» المجموعة ص ٣١٥ ويتعلق بمقد أبرمته «Le comité d'organisation de la menuiserie»

٢ - ولقد أدت الثورة الاشتراكية لدينا - لا سيما في أعقاب قوانين يوليو سنة ١٩٦١ الشهيرة وما تلاها - الى سيطرة القطاع العام على أكثر من ٨٠٪ من مجالات النشاط الاقتصادي التي كانت متروكة للنشاط الفردي فيما سبق . ولقد سلك المشرع لدينا في ادارة المشروعات المؤممة ، أحد طريقين :

فهو قد أضفى على بعض هذه المشروعات وفقا لقانون سنة ١٩٧٥ الشخصية المنوية العامة صراحة ، ومع ثم اكتسبت تلك المشروعات الشخصية المنوية العامة وصار مع حقها ممارسة وسائل السلطة العامة طبقا للنظام القانوني للمؤسسات العامة المقرر بمقتضى القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣ والقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ المنظم للمؤسسات العامة وما يتبعها من وحدات اقتصادية ، ومع بينها أن تختار طريق المقود الادارية . وتحويل في شرح التفاصيل الى مؤلفنا « مبادئ القانون الادارى » في طبعاته المتعددة . والمؤسسة العامة - طبقاً للتعريف الذى أوردته المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣^(١) - هي « شخص من أشخاص القانون العام ، تمارس نشاطا صناعيا أو تجاريا أو زراعيا أو ماليا أو تعاتيا ولها ميزانية مستقلة تعد على نمط الميزانيات التجارية »

والطريق الآخر الذى سلكه المشرع لدينا ، هو الاحتفاظ للمشروع العام بصورة الشركة المساهمة ، التى تخضع للقانون الخاص فى مزاوله نشاطها ، فيما عدا الأحكام التى يستثنىها المشرع صراحة أو التى لاتنتفق وتملك الدولة لجميع أسهم المشروع . والمسلم به لدى معظم فقهاء القانون العام - سواء فى فرنسا أو فى مصر - أن هذه الشركات هى أشخاص من أشخاص القانون الخاص ، وتخضع أساسا لأحكام القانون الخاص .

(١) الذى ميز بين المؤسسات والهيئات العامة لأول مرة فى مصر . راجع فى التفاصيل أيما من طبعات مؤلفنا « مبادئ القانون الادارى » التى صدرت بعد سنة ١٩٦٣ .

ولكن بعض الزملاء كما ذكرنا - وقد هالهم أوجه الخلاف بين هذه الشركات (والجمعيات التعاونية التي تملك الدولة رأسمالها) وبين الأوضاع التقليدية القائمة في ظل النظام الرأسمالي - انتهوا الى « ٠٠٠ أن شركات المساهمة العامة تختلف اختلافا جذريا عن شركات المساهمة الخاصة التي ينظمها القانون المدني ، والقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٦٤ (قانون شركات المساهمة) وأن هذه الشركات العامة شركات مساهمة بالاسم فقط ، وأنها في حقيقتها من أجهزة الدولة الادارية . ونظرا لأن شركات المساهمة العامة تتمتع بالشخصية الاعتبارية ، فانها تعتبر في نظرنا أشخاصا ادارية عامة ، بل انها في حقيقتها يجب أن تعتبر في ظل قامون المؤسسات العامة الجديد - رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣ - مؤسسات عامة »^(١) .

وطبق ذات الرأى بالنسبة الى الجمعيات التعاونية التي تنشئها المؤسسة العامة بمفردها^(٢) .

ولسنا هنا بصدد تتبع الحجج المسببة التي أوردتها الرأى السابق في هذا الخصوص ، فان ذلك يخرج بنا عن النطاق المحدد لدراسة نظرية المقعد الادارى . وانما يعني أن نوضح - للمرة الثانية - أن هذا الرأى يكشف عن عدم الاستقرار الذى يصاحب مرحلة التحول التي تجتازها نظمنا القانونية ، والتي أشرنا اليها فى مقدمة

(١) الأستاذ الدكتور فؤاد مهنا ، مؤلفه السابق ، ص ١٧٨ - ١٧٩ . وقد تأيده فى رأيه فقهاء آخرون .

(٢) يقول بهذا الخصوص فى صفحة ١٩٤ من مؤلفه الذى سبقت الاشارة اليه : « لهذا كله نرى أن الجمعيات التعاونية التي تنشئها المؤسسة العامة بمفردها لا يمكن اعتبارها جمعية تعاونية خاصة يحكمها قانون الجمعيات ٠٠٠ وانما هي فى الواقع وبحكم القانون جهاز ادارى من أجهزة المؤسسة العامة أو فرع من فروع المؤسسة . وهي بالتالى ، وبهذه الصفة من أجهزة الدولة الادارية ، شأنها فى ذلك شأن باقى الأجهزة الادارية فى الدولة كالمصالح العامة والادارية التابعة للوزارات وان كانت تختلف عنها بأنها جهاز لا مركزى نظرا لأنها تتبع مؤسسة عامة تتمتع بالشخصية الاعتبارية . وتأسيسا على هذا نرى أنه من الخطأ اطلاق اسم الجمعيات التعاونية عليها ، لأنها فى حقيقتها ليست جمعيات ولا يتضمن نظامها أى عنصر من عناصر النظام التعاونى بالتعديد السابق ذكره » .

(م - ٥ العقود الادارية)

هذه الطبيعة . وفي خصوص هذا الموضوع بالذات يخيل إلينا أن ثمة خلطاً بين أمرين :

موضوع تملك الدولة رأس مال الوحدة الاقتصادية التابعة للمؤسسة وموضوع إدارة الوحدة الاقتصادية . فإذا كانت الاشتراكية توجب تملك الدولة لكثير من المشروعات لتحقيق الأهداف التي حددها ميثاق العمل الوطني ثم دستور سنة ١٩٧١ فيما بعد فإن الدولة حرة بعد تملكها لتلك المشروعات في أن تختار طريقة إدارتها بما يحقق الصالح العام . وفي الدول التي تحتفظ بمبدأ التمييز بين القانون العام والقانون الخاص - كما هو الشأن في مصر وفي كثير من الدول كفرنسا وبلجيكا . . . الخ - يتعين أن يحدد المشرع موقفه بخصوص النظام القانوني الذي يجب أن يسير المشروع العام في نطاقه . فإذا شام أن يخضعه للقانون العام ، تمين أن يفرغه في الصورة المناسبة وهي لدينا صورة المؤسسة العامة^(١) . أما إذا أراد أن يبقى على المشروع في نطاق القانون الخاص ، فإنه يختار الأساليب المعروفة في ظل هذا القانون ، وهي الشركات والجمعيات . ورغبة من المشرع في ألا يهبط الانتاج في المشروعات العامة نتيجة لتأميمها ، فإنه سار عادة على سياسة احتفاظ المشروع العام بوضعه القائم قبل التأميم . ولا أدل على ذلك من نص المادة الرابعة من القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ الذي كان تجسيدها حياً لقمة المد الاشتراكي ، والتي تقرر « تظل الشركات والبنوك المشار إليها في المادة الأولى محتفظة بشكلها القانوني عند صدور هذا القانون وتستمر الشركات والبنوك والمنشآت المشار إليها في مزاوله نشاطها دون أن تسأل الدولة عن التزاماتها السابقة الا في حدود ما آل إليها من أموالها وحقوقها في تاريخ التأميم » .

ثم ان تمييز المشرع بين المؤسسات العامة - وهي باعترافه مع أشخاص القانون العام - وبين ما تنشئه من شركات وجمعيات

(١) قبل الغائها سنة ١٩٧٥ كما ذكرنا . أما الآن فلا توجد الا الهيئات العامة .

« بمفردها أو مع شريك أو شركاء آخرين » (المادة ١٣ من القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٦٣ والتي تقابل المادة ٩ من القانون المنظم للمؤسسات العامة وما يتبعها من وحدات اقتصادية ، وهو القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ ، قاطع فى أنه يريد المفارقة فى النظام القانونى للنوعين ٠)

ويبدو أن هذا الرأى هو الذى أعتمدته القضاء ، وأفصح عنه المشرع فى بعض المذكرات الايضاحية ٠ ومن ذلك على سبيل المثال :

(أ) فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى للفتوى والتشريع الصادرة فى ١٠ مارس سنة ١٩٦٥ (مجموعة الفتاوى ، س ١٩ ، ص ٣٤٤) حيث تقول : « ان الشركات التى أمت ، وأصبحت تابعة للمؤسسات العامة ، لا زالت رغم تأميمها وانتقال ملكيتها الى الدولة ، شخصا من أشخاص القانون الخاص ، ولو اتخذت شكل شركة مساهمة تمتلك الدولة جميع أسهمها ٠ وتكون أموالها أموالا خاصة ، وتظل روابطها بالمتنفعين وبالنير خاضعة للقانون الخاص ، فتظل للشركة صفة التاجر ٠٠٠ ولذلك فإن من المقرر أن تأميم الشركة لا يستوجب إخضاعها للقواعد المتعلقة بالمرافق العامة فى القانون الادارى ولكن تسرى عليها أحكام القانون الخاص ٠٠ »

(ب) حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٨ أبريل سنة ١٩٦٧ (س ١٢ ، ص ٨٧٠) وفيه تؤكد أن تأميم البنك العربى المصرى بمقتضى القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ ليس من شأنه « تحويله الى مؤسسة عامة ٠٠٠ ذلك أن هذا القانون قد حرص على تأكيد بقاء البنوك والشركات المؤممة بمقتضاه محتفظة بكيانها القانونى ، واستمرارها فى مزاولة نشاطها على هذا الوجه ٠ ومفاد ذلك أن تظل هذه الشركات والبنوك مع تملك الدولة لها ، شركات تجارية من أشخاص القانون الخاص » ٠ وقد رتبت المحكمة الادارية العليا على ذلك النتيجة الطبيعية مع أن العاملين بشركات القطاع العام ليسوا موظفين ، لأن شركات القطاع العام « تعتبر مع أشخاص

القانون الخاص ، وتنتفى عن العاملين بها صفة الموظف العام ،
والقرارات الصادرة فى شأن ادارتها لا تعتبر على أية حال قرارات
ادارية « ادارية عليا فى ٤ أبريل سنة ١٩٨٢ ، الطعن رقم ٨٣ لسنة
٢٥ القضائية) •

(ج) ثم ان المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٠
(بتعديل المادة ٩٧٠ من القانون المدنى) قد أشارت الى هذا المعنى
صراحة حيث تقول - انه رغم الخلاف الفقهي حول طبيعة المشروعات
العامة وأموالها ، فان الرأى الراجع لدى الفقه والقضاء أن شركات
القطاع العام التى تملك الدولة جميع أسهمها تعتبر من أشخاص
القانون الخاص ، وتعتبر أموالها أموالا خاصة •

(د) وأخيرا فقد طرح الأمر على المحكمة الدستورية العليا فى
صدد تحديد طبيعة شركة الممورة للسكان والتمير ، تمهيدا لتحديد
الطبيعة القانونية للمعقود التى يبرمها الأفراد بقصد تأجير « كيائن
الاستحمام » فقد رفع النزاع أمام محكمة عابدين الجزئية ، فقضت
فى ١٨ أبريل سنة ١٩٧١ « بعدم اختصاصها ولائيا بنظرها » ،
وأحالها الى محكمة القضاء الادارى المختصة بنظرها • وأسست
قضاءها على أن الشركة المدعية « شخص معنوى عام يقوم على ادارة
مرافق عام من مرافق الدولة السياحية ، متبعا فى ذلك أساليب
القانون العام ، وقد تضمن العقد الذى أبرمته مع المدعى بوصفها
سلطة عامة شروطا غير مألوفة فى القانون الخاص ، بقصد تحقيق
منفعة عامة ، فيكون هذا العقد اداريا يخرج من اختصاص القضاء
العادى • • (١) •

وتنفيذا للحكم المشار اليه أحيلت الدعوى الى المحكمة الادارية
لمصالح الحكومة بالأسكندرية ، فقضت فى ٨ يوليو سنة ١٩٧٣ بعدم
اختصاصها بنظر الدعوى ، تأسيسا على أن « العقد الذى لا تكون
الادارة أحد أطرافه لا يعتبر من المعقود الادارية ، وأن الشركات

(١) ويلاحظ أن القضاء العادى يطبق ذات الميار الثلاثى فى تمييز العقد
الادارى ، كما يتبين من الفقرة السابقة •

التي أمت وأصبحت تابعة للمؤسسات العامة لازالت رغم تأميمها من أشخاص القانون الخاص ، فتكون أموالها أموالا خاصة ، وتظل روابطها بالمنتفعين وبالفير خاضعة للقانون الخاص . وإذا كانت الشركة المدعى عليها لا تعتبر مرفقا عاما ، كما أنها تصدر تراخيص شغل الكبائن باسمها ولحسابها ، فإن هذه التراخيص لا تعتبر عقودا ادارية ، وتخرج المنازعات المتفرعة عنها عن اختصاص محاكم مجلس الدولة » .

وأمام هذا التنازع السلبي في الاختصاص ، طرح الأمر على المحكمة الدستورية العليا ، فقررت في حكمها الصادر في ٢٩ يونية سنة ١٩٧٤ - وقد سبقت الإشارة اليه - أنه « يتعين للفصل في هذا التنازع السلبي بين جهتي القضاء العادي والاداري تحديد التكييف الصحيح للعلاقة التي تربط بين المدعى وبين الشركة المدعى عليها في شأن الانتفاع بالكابين المرخص له في شغلها » . وقد انتهت المحكمة العليا في خصوص النزاع الى أن « المقدم سالف الذكر الذي يحكم العلاقة بينهما ليس عقدا اداليا ، بل من عقود القانون الخاص » ومن ثم فإن الاختصاص بالفصل في المنازعات المتعلقة به « يدخل في اختصاص محاكم القضاء العادي ، وفقا لما تقضى به المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية الصادر به قرار رئيس الجمهورية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ » .

ولكن سبيل المحكمة الدستورية العليا في الوصول الى النتيجة التي أنهت اليها - وهي نتيجة سليمة - لم يكن تبني وجهة نظر المحكمة الادارية بالأسكندرية ، والتي رفضت الاعتراف بالصفة الادارية للمقد ، لأن الشركة التي أبرمته من أشخاص القانون الخاص ، ولكنها استندت الى سبب آخر ، أوسع في نطاقه وهو أن النشاط الذي أبرم المقدم بخصوصه ، هو نشاط اقتصادي « ومن حيث ان العلاقة بين المرافق العامة الاقتصادية ، وبين المنتفعين بها علاقة عقدية ، تخضع لأحكام القانون الخاص ٠٠٠ » وسوف نعود الى هذا الموضوع فيما بعد . وهكذا صممت المحكمة العليا

عن الفصل فى موضوع هام ، بالرغم من أن التنازع يقوم عليه فى الحقيقة^(١) . على أن النتيجة التى انتهت إليها المحكمة الدستورية العليا تؤكد - بطريق غير مباشر - التكييف الذى ترجعه ، لأن مناط اعتبار الوحدات الاقتصادية من أشخاص القانون الخاص ، قيامها على نشاط اقتصادى تحكمه قواعد القانون الخاص .

وهذا التكييف أكثر انسجاما مع سياسة الانفتاح الاقتصادى التى تمتنعها الدولة ، والتى تستهدف تحرير النشاط الاقتصادى فى القطاعين العام والخاص من الروتين والبيروقراطية .

والخلاصة أن رأى بخصوص شركات القطاع العام وجميعياته ، أنها من أشخاص القانون الخاص ، وتخضع أساسا لأحكام هذا القانون ، ومن ثم فإن عقودها - مع غير أشخاص القانون العام - لا تعتبر من قبيل العقود الادارية ، بل من قبيل عقود القانون الخاص . وإذا أرادت هذه الشركات والجميعيات أن تستعمل وسائل القانون العام وتستفيد مما تنطوى عليه من عنصر السلطان ، فإن عليها أن تلجأ الى جهة الادارة التى تشرف عليها ، وهى شخص القانون العام الذى أنشأها ، أو الوزارة التى تشرف على المؤسسة^(٢) .

(١) هذا اذا استثنينا الفقرة التى وردت فى الحكم والتى تقول فيها المحكمة بمد أن استبعدت خصائص العقد الادارى عن المقدم موضوع النزاع : « خاصة اذا كان القائم عليه (المرفق الاقتصادى) ليس جهة ادارية تعمل بوصفها سلطة عامة » . فهذه العبارة تحتمل الاطلاق ، أى أن المحكمة أوردتها تكملة للمبدأ العام ، وتحتمل التخصيص اذا كانت المحكمة تقصد بها الشركة المدمى عليها .

(٢) وهذا لا يعنى أننا ننكر الفروق الضخمة القائمة بين الشركات التقليدية وشركات القطاع العام ، ولكن مرجع هذا الخلاف الى كون الشركة العامة مملوكة كلها للدولة ، وبالتالي فإن الأحكام الأساسية المنظمة للشركات لا يمكن أن تطبق عليها بالضرورة ، لا سيما ما يتعلق بحقوق المساهمين ، والجميعيات العمومية ومجلس الادارة ... الخ ولكن نشاط الشركة التعلق بمعمليات الانتاج ، والتسويق ، والتمويل ... الخ باق كما هو . وذلك نتيجة مقصودة لذاتها حتى لا يتأثر انتاج شركات القطاع العام ولأنه مما لا يتفق والاسس التجارية أن تسير تلك الشركات على القواعد الادارية بتعقيداتها وروتينها . وإذا كانت فرنسا وهى أقرب منا الى النظام الرأسمالى ، قد سلمت بإمكان قيام شركات عامة مملوكة للدولة ، مع خضوعها للقانون الخاص ، فإن الوضع عندنا أكثر قبولا لأن سلطان الدولة الأوسع على شركات القطاع العام ، والذي استند اليه الرأى الآخر لا يقتصر على تلك الشركات العامة ، إنما يمتد =

٣ - وإذا كانت الأشخاص المعنوية الخاصة تحظى برعاية المشرع في كثير من الحالات إذا ما كانت ذات نفع عام ، فإن المقود التي تبرمها تلك الأشخاص لا يمكن أن تكون ادارية كقاعدة عامة . على أنه يجب مع ذلك الاشارة الى المادة ٦٣ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ (المقابلة للمادة ٤٣ من القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦) والتي تقول : « يحدد بقرار من رئيس الجمهورية ما تتمتع به الجمعيات ذات الصفة العامة من اختصاصات السلطة العامة كعدم جواز الحجز على أموالها كلها أو بعضها وعدم جواز تملك هذه الأموال بمضى المدة وجواز قيام الجهة الادارية المختصة بنزع الملكية للمنفعة العامة التي تقوم بها الجمعية » . فهذا النص يقرر مبدأ تمكين الجمعيات الخاصة ذات النفع العام من استخدام وسائل القانون العام بالقدر الذي يحدد بقرار من رئيس الجمهورية . وإذا كانت المادة ٣٢ السابقة قد ذكرت بعض وسائل القانون العام التي يجوز أن يتضمنها قرار رئيس الجمهورية الصادر في هذا الخصوص فانما ذكرتها كاملة . ولما كانت المقود الادارية هي احدى وسائل القانون العام ، فانه يجوز أن ينص عليها في قرار رئيس الجمهورية كاحدى الوسائل التي يجوز للجمعية ذات الصفة العامة أن تلجأ اليها ، فيعتبر عقدها اداريا اذا استوفى باقى الشروط .

٤ - وتدخل الادارة في عقد من المقود يبرم بين أشخاص القانون الخاص لا يمكن أن يحوله الى عقد من عقود القانون العام ، ولو كانت الادارة تستهدف من ذلك تحقيق نفع عام . ومن ذلك على سبيل المثال من قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، أن تتدخل الادارة لتصلح ذات البين بين العمال وأصحاب الأعمال^(١) .

= الى جميع نواحي الحياة استنادا الى أن الاشتراكية تقتضى سيطرة الشعب على جميع وسائل الانتاج ، عامة وخاصة . ويمكن أن تشير الى المادة ٢٤ من دستور سنة ١٩٧١ والتي تقول : « يسيطر الشعب على كل أدوات الانتاج ، وعلى توجيه فائضها وفقا لخطة القومية التي تضعها الدولة » .

(١) على سبيل المثال حكم المجلس الصادر في ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٧ فى قضية Sté Boulangers المجموعة من ٤٣٦ ، ويتعلق بتدخل ممثل وزارة العمل فى =

ولكن على العكس من ذلك ، يجوز أن يكون العقد اداريا اذا ابرمته الادارة لصالح شخص من أشخاص القانون الخاص متى توافر في العقد باقى الشروط . وبهذا المعنى قضت محكمة التنازع الفرنسية في حكمها الصادر في ٢٧ مارس سنة ١٩٥٢ في قضية (١) .
«Office national de la navigation»

٥ - وأخيرا فقد لا تظهر الادارة في عقد من العقود ، ومع ذلك يعتبر العقد اداريا اذا كان أحد طرفيه يتعاقد باسم ولمصلحة الادارة (٢) .

«A traité au nom et pour le compte d'une personne publique»

ومن تطبيقات ذلك من قضاء مجلس الدولة المصري ، الحكم الصادر من دائرة العقود بمحكمة القضاء الادارى في ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٦ والذي جاء فيه : « متى كان الثابت أن وزارة التموين بصفتها المشرفة على مرفق التموين بالبلاد - تدخلت في أمر سلعة الشاي ، واتخذت من الاجراءات وأصدرت من التشريعات ما رآته كفيلا بتحقيق ما تهدف اليه من توفير سلعة من السلع مع ضمان وصولها الى المستهلكين بالسعر المحدد ، وقد استعملت في سبيل ذلك سلطتها في الاستيلاء على هذه السلعة ، وضعت القواعد التي تحكم تنظيم تداولها وتوزيعها ، وعهدت بذلك الى « لجنة توزيع الشاي » ثم المعبئين الذين أصبحوا مسئولين عن توصيل هذه السلعة بعد تعبئتها الى التجار في مختلف أنحاء البلاد - متى كان الثابت

= نزاع بين شركة ومالها وتوقيع ممثلى الوزارة على العقد المتضمن للصالح بين الطرفين وحكمه الصادر في ٢٩ يونيو سنة ١٩٥١ في قضية : «Sté des travaux du Sud» المجموعة س ٣٨٦ .

(١) المجموعة ص ٦٢٢ ، وان كانت المحكمة في الموضوع قد نفت الصفة الادارية عن العقد لعدم توافر باقى الشروط .
هذا وقد قضى مجلس الدولة في حكم قديم نسبيا صادر في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٠ في قضية «Sté des moteurs Gnôme-et-Rhône» المجموعة ص ١٠٦٧ بأن العقد الذى تبرمه الادارة الفرنسية لصالح دولة أجنبية يعتبر عقدا اداريا متى فيه باقى الشروط .

(٢) حكم المجلس في ٣٠ يناير سنة ١٩٥١ في قضية «Sté prosetttes» المجموعة ص ١٢٣ وفي ٢٤ فبراير سنة ١٩٥٤ في قضية : «Sté des ateliers Schwartz» (actual, jur. 1954, p. 189)

هو ما تقدم ، فإن ذلك فى حقيقته يتضمن أمرا بتكليف هذه اللجنة بخدمة عامة ، ومن ثم تكون الاتفاقات والعقود التى تمقدها ٠٠٠ هى عقودا ادارية ملحوظ فيها دائما تغليب الصالح العام على المصلحة التجارية الخاصة ٠٠٠ وملحوظة فيها أيضا سلطة الحكومة فى الاشراف على تنفيذ هذه العقود ومراقبتها ، ضمانا لتحقيق المصلحة العامة التى تهدف اليها . وهذا الهدف هو الذى يجب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتماقدين فى تطبيقه وتفسيره وفى انهاءه . وقد استقر الفقه والقضاء فى هذا المجال على أن علاقة المتماقدين فى العقود الادارية لا تستند الى شروط المقود بالقدر الذى تستند فيه الى القواعد التنظيمية الخاصة بالمرفق العام ٠٠٠ « (١) » .

٦ - على أنه يتعين فى هذه الحالة احترام القواعد المدنية الخاصة بالوكالة ، والواردة فى المادة ١٠٥ من القانون المدنى ، وهو ما أوردته المحكمة الادارية العليا صراحة فى حكمها الصادر فى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٦٨ ، (س ١٤ ، ص ٥٦) . ولما كانت الفقرة الثانية من المادة ٤٠ من لائحة المناقصات والمزايدات الملغاة تنص على أنه « اذا كان المطاء مقدما من وكيل عن صاحب المطاء فعليه أن يقدم معه توكيلا مصدقا عليه من السلطات المختصة » (٢) . فان المحكمة الادارية العليا فى حكمها المشار اليه لم ترتب البطلان على تخلف هذا الاجراء « ذلك أن اشتراط توكيل مصدق عليه قصد به التثبيت على وجه اليقين من توافق صفة الوكالة فيمن يتقدم بمطاء نيابة عن الغير . لذلك فان اغفال الادارة التمسك بهذا الاجراء لا اثر له فى قيام الوكالة التى استوفت شروط انعقادها ، واعترف ذو الشأن بقيامها » .

(١) السنة العاشرة ص ٣٠٧ .

(٢) ورد ذات الحكم فى الفقرة الثانية من المادة ٥٩ من اللائحة الجديدة الصادرة بمقتضى قرار وزير المالية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ .

المبحث الثانى علاقة العقد بالمرفق العام

١ - مهما كان الشأن فى خصوص المعيار الذى يقوم عليه القانون الادارى - أهو معيار السلطة أم معيار المرفق العام - فان الذى لا شك فيه أن مبادئ القانون الادارى فى الوقت الحاضر تقوم فى كل من فرنسا ومصر على أساس فكرة المرفق العام «Le critère de service public» ذلك أن مقتضيات سير المرافق العامة هى وحدها التى تبرر ما يتضمنه القانون الادارى من خروج على المألوف فى القانون الخاص ، وعلى منطق القواعد التى تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم .

وإذا كانت فكرة المرفق العام تلاقى هجوما شديدا فى الوقت الحاضر ، وكان بعض الفقهاء ينادى بالتخلص منها ، ويعمل على احلال معيار آخر مكانها^(١) ، فان قضاء مجلس الدولة فى فرنسا وفى مصر ما يزال يرجع الى تلك الفكرة معظم قواعد القانون الادارى^(٢) . حقيقة أن القواعد التى شادتها مدرسة المرفق العام - وعلى رأسها دوجى وجيز وبوبار - فى أوائل القرن الحالى قد تغيرت الى حد كبير ، نظرا لازدياد تدخل الدولة فى المجال الاقتصادى ، وتنوع هذا التدخل من ناحية ، وللمعاونة للأفراد للدولة فى كثير من الميادين عن طريق تخويلهم استعمال وسائل القانون العام من ناحية أخرى ، ولكن فكرة المرفق العام لم تهدم بل تطورت : فظهر الى جوار المرافق الادارية - التى كانت المجال الأول لتطبيق

(١) فى التفاصيل راجع مؤلفنا مبادئ القانون الادارى ، المرجع السابق .
(٢) مما له دلالة فى هذا الخصوص ان المرحوم الدكتور فؤاد مهنا بعد أن انضم الى رأى القائل بانقضاء فكرة المرافق العامة كأساس للقانون الادارى ، اذ به يتدارك صريحا ويقول « ان ذلك لا يعنى مطلقا هدم النظام القانونى للمرافق العامة أو بعبارة أدق هدم المبادئ الأساسية للقانون الادارى ، لأن هذه المبادئ باقية ويجب أن تبقى باعتبارها جوهر القانون الادارى » ص ٢٤٤ وفى ص ٢٩٥ من ذات المؤلف يقول أيضا : « النظام القانونى للمرافق العامة هو فى حقيقته ، مجموعة مبادئ وقواعد القانون الادارى » .

قواعد القانون الإدارى - مرافق من نوع جديد هى المرافق الاقتصادية - تجارية وصناعية - والمرافق المهنية المختلفة . وبالتالى لم تعد المرافق العامة تخضع لنوع موحد من القواعد ، وإنما تنوعت القواعد التى تحكمها وفقا لطبيعة كل مرفق ذاتية ، وإن كانت جميع المرافق العامة تخضع لقدر مشترك من القواعد - هى التى تسمى فى الوقت الحاضر : « النظام القانونى العام للمرافق العامة » - ونعنى بها قواعد سير المرافق العامة بانتظام واستمرار ، وقابليتها للتغيير والتبديل وفقا لمقتضيات الصالح العام ، وأخيرا مساواة المنتفعين أمامها .

ولقد حرص مجلس الدولة المصرى على إبراز المبادئ السابقة فى كثير من أحكامه ، نذكر منها على سبيل المثال حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٢ حيث تقول : « ... لم تعد المصالح العامة محصورة فى نطاقها التقليدى ، وهو النطاق الإدارى الضيق الذى كان مألوفاً فى القرن التاسع عشر والقرن العشرين ، ذلك أن حاجات الأفراد تنمو وتتوسع كلما تقدمت الجماعة فى طريق الرقى والحضارة . وقد اقتضى ذلك انشاء مرافق ومصالح مختلفة النظم والأغراض لخدمة هذه الحاجات المختلفة ومنها حاجات اقتصادية وأخرى ثقافية وصحية واجتماعية أوجبت على الدولة أن تتجاوز ميدان نشاطها الإدارى البحت الى ميادين أخرى كانت وفقا على النشاط الفردى . وقد كثر انشاء هذه المرافق والمصالح الجديدة فى صور مؤسسات عامة لأنها أيسر تحقيقاً لتلك الأغراض المختلفة ، وخاصة أن الدولة مع احتفاظها بحق الاشراف عليها تضيف عليها من الحقوق والامتيازات ومظاهر السلطة ما يعينها على تادية رسالتها ... » (من ٦ ص ٥٣٤) .

كما أن ذات المحكمة تعرض بالتفصيل السبب فى تطور فكرة المرافق العامة ، وتعدد النظم القانونية التى تخضع لها ، فى حكمها

الصادر في ٢ يونية سنة ١٩٥٧ حيث تقول : « ان المرفق العام هو كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على ادارته ويمثل بانتظام واستمرار ، ويستعين بسلطات الادارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها لا بقصد الربح ، بل بقصد المساهمة في صيانة النظام ، وخدمة المصالح العامة في الدولة . والصفات المميزة للمرفق العام هي أن يكون المشروع من المشروعات ذات النفع العام ، أي أن يكون فرضه سد حاجات عامة مشتركة أو تقديم خدمات عامة ... » ثم استطردت المحكمة قائلة : « ... كما أن التطور الحديث في الفقه والقضاء يعترف بصفة المرفق العام للمرفق الصناعي والتجاري مع أنه يعمل لتحقيق الربح . ولكن الواقع من الأمر أن الهدف الرئيسي لمثل هذه المرافق ليس تحقيق الربح ، بل تحقيق المنفعة العامة أسوة بكل المرافق الأخرى . وما الربح الذي يحققه ، الا أثر من الآثار المترتبة على صفة المرفق باعتباره يقوم بأعمال صناعية أو تجارية ... » وبتطبيق هذه المبادئ على موضوع القضية انتهت المحكمة الى أن التنظيمات التشريعية والادارية في مجال « الرغيف » قد حولت المشروعات الفردية في هذا الخصوص الى « مشروع عام تشرف الدولة على ادارته ، ويعمل بانتظام واستمرار مستمينا بسلطان من الادارة لتزويد الناس بالخبز لا بقصد الربح بل بقصد تحقيق المصلحة العامة . وبذلك أنشأت الدولة ... مرفقا عاما ، هو توفير الخبز كغذاء أساسي للشعب وبأرخص الأسعار ... وإذا ما كانت الدولة قد أنشأت مرفقا عاما على هذا الوجه ، كانت العلاقة القانونية التي تقوم بينها وبين الأفراد بقصد ادارة هذا المرفق أو بمناسبة تسييره ، هي علاقة تحكمها قواعد القانون العام اذا ما أظهرت الادارة نيتها في الأخذ بأسلوب هذا القانون وأحكامه » (١) .

كما أن المحكمة الادارية العليا قد تبنت ذات الموقف بالنسبة الى

(١) القضية رقت ٢٤٨٠ لسنة ٩ قضائية (وزارة التموين ضد السيد عبده سلوت) .

وراجع بذات المتى حكمها الصادر في ٤ يناير سنة ١٩٥٩ ، مجموعة أحكام المحكمة ، السنتان ١٢ و ١٣ ص ١٦٠ .

المشروعات الجديدة ، التى قررت اضافة صفة المرافق العامة عليها •
ومن ذلك على سبيل المثال :

حكمها الصادر فى ١٢ أبريل سنة ١٩٥٨ (السنة ٣ ص ١١٠٣)
والذى تقرر فيه « أن تنظيم المهن الحرة كالطب والمحاماة والهندسة ،
هى مرافق عامة ، مما يدخل اصلا فى صميم اختصاص الدولة
يوصفها قوامة على المصالح والمرافق العامة ، فاذا رأت الدولة أن
تتخلى عن هذا الأمر لأعضاء المهنة أنفسهم ، لأنهم أقدر عليه ، مع
تحويلهم نصيبا من السلطة العامة ، يستعينون به على تأدية رسالتهم
مع الاحتفاظ بحقها فى الاشراف والرقابة تحقيقا للمصالح العام ،
فان ذلك لا يغير من التكييف القانونى لهذه المهن بوصفها مرافق
عامة » •

وفى حكمها الصادر فى ٢٠ مايو سنة ١٩٦١ (السنة ٦ ص ١١٥٤)
تقول : « لما كانت ادارة مشروع الغاب تهدف الى تحقيق مشروع
ذى نفع عام لتنمية الانتاج الاقتصادى فى البلاد ، فهى بهذا تعتبر
مرقفا عاما ، تديره الدولة عن طريق نظام خاص » •

كما أنها تقرر فى حكمها الصادر فى ٣١ مارس سنة ١٩٦٢
(السنة ٧ ص ٥٢٧) أنه « ٠٠٠ اذا كانت الهيئة الدائمة لاستصلاح
الأراضى ، وهى من أشخاص القانون العام ، قد أبرمت عقدا يقوم
الطرف الثانى فيه بتوريد عدد من العجول اليها كخدمة المرفق العام
القائمة على ادارته ، ذلك أنه تزرع مساحات شاسعة من الأراضى
التابعة للمرفق بنبات البرسيم بقصد اصلاح هذه الأراضى • ولتعذر
تصريفه ، فقد رصدت الهيئة تسمين ألف جنيه فى ميزانيتها على
ذمة شراء عجول لاستهلاك هذا النبات ومد الأرض بالسجاد
المعسوى ، لا يفرض الريح ، وانما لتسيير المرفق فى نظامه العام
بالوصول الى الهدف الذى قام لتحقيقه وهو زيادة رقعة الأرض
المنزوعة ، فيتزايد بذلك الانتاج الزراعى والحيوانى بما يسد حاجة

البلاد المتزايدة . ومتى كان الأمر كذلك ، يكون التعاقد قد انصب على شيء يتعلق باحتياجات المرفق العام وتسييره «^(١) .

والخلاصة أن القضاء الإداري يقيم أحكام القانون الإداري على فكرة المرفق العام .

٢ - ولما كانت المقود الإدارية تقوم على أحكام استثنائية ، فيجب أن يكون لذلك ما يبرره ، بأن تكون تلك المقود ذات صلة وثيقة بأحد المرافق العامة .

وهذا ما يؤكد مجلس الدولة في فرنسا في كثير من أحكامه ، وما تردده أيضا محكمة التنازع الفرنسية . ونكتفى بالأمثلة الآتية :

(أ) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٦ مايو سنة ١٩٣١ في قضية «Hertz»^(١) حيث يقول :

«La cession dont s'agit ne peut être regardée comme intervenue pour assurer un service public».

(١) ويسير القسم الاستشاري للفتوى والتشريع في ذات الاتجاه . راجع على سبيل المثال فتواه الصادرة في ٢٩ يوليو سنة ١٩٥٧ ، مجموعة فتاوى المجلس السنة ٧ ص ٤٦٣ ، وقد جاء فيها :

« أنه وإن كانت فكرة المرفق العام غير محددة تحديدا واضحا ، وليس لها تعريف جامع ، إلا أن العنصر الأساسي فيها هو ضرورة وجود خدمة عامة يهدف المشرع إلى أدائها ، وتقوم بها الحكومة مباشرة أو يلتزم بها ملتزم تحت إشراف السلطات الإدارية المختصة في نطاق القانون العام . والرجع في تقدير توافر صفة المرفق العام في المرفق وعدم توافرها إلى الظروف المحيطة به ، والقواعد التي تضمنها السلطة العامة لتنفيذه ، والقيام به ، والإشراف عليه مع الاستعداد بقصد الدولة القوامة على المرافق العامة . ومن الرجوع إلى نصوص المقدم الخاص بتميم منطقة المقطع واستغلال منطقة المنتزة ، وما أبرم من اتفاقات لاحقة في هذا الشأن ، يبين بجلام أن ما عهد به إلى القائمين بتنفيذه المقدم والاتفاقيات المذكورة مرفقان عامان ... وكذلك الشأن فيما يتعلق باستغلال منطقة المنتزة ... وبناء على ذلك فإن استصلاح وتميم منطقة المقطع واستغلال منطقة المنتزة يعتبر من المرافق العامة ، ومن ثم تخضع الشركة الملتزمة بذلك في قيامها باستصلاح منطقة جبل المقطع وتميمها لأحكام القانون رقم ١٤٩ لسنة ١٩٤٧ المعدل بالقانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ .

(١) المجموعة ص ٤٨٩ .

(ب) وحكمه الصادر في ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٣٥ في قضية «Duckéné»^(١) وقد جاء فيه :

«La convention dont il s'agit n'avait pas pour objet l'exécution d'un service public et présentait un caractère de droit privé».

(ج) وحكم التنازع الصادر في ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ في قضية «Chélaïfa Hassen»^(٢) حيث تؤكد المحكمة :

«Ce contrat, qui ne concerne pas l'exécution d'un service public, est par sa nature même, un contrat de droit privé, et les clauses dont se prévaut l'administration n'ont pu en modifier le caractère».

(د) وأخيرا حكم التنازع في ٢٧ مارس سنة ١٩٥٥ في قضية «Effimief» منشور في «Rev. adm. 1955 — 285 Liet. Veaux» ومجموعة «J.C.P. 8786 note Blaevoët» وقد جاء في حكم التنازع المشار اليه أن عقد الأشغال العامة « يستهدف تحقيق غرض من أغراض المرفق العام » «Poursuivre une mission de service public».

وإذا كان هناك مجال للتشكك في مدى ضرورة اتصال المقعد الإداري بالمرفق العام في فرنسا - كما سنرى فيما بعد - فإن صياغة أحكام القضاء الإداري المصري في هذا الصدد ، لا تدع أى مجال للتردد : فقد كانت فكرة المرفق العام ، هى الفكرة الغالبة فى صياغة الأحكام القديمة نسبيا . أما الصياغة الآن فهى أدق ، وشرط اتصال المقعد بالمرفق العام فيها أوضح من أن يحتاج الى شرح . ولنتقرا فى الحكم الصادر من دائرة المقود بمحكمة القضاء الإداري فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٦ القضية رقم ٨٧٠ لسنة ٥ قضائية ، وقد سبقت الإشارة اليه (قولها « ... » وانما تتميز المقود الادارية عن المقود الخاصة بطابع معين مناطه احتياجات المرفق العام الذى يستهدف المقعد الادارى تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة . غير أن مجرد صلة المقعد بالمرفق العام ، وان

(١) المجموعة ص ٩٨٢ . وراجع من أحكام المجلس الحديثة نسبيا ، حكمه الصادر فى قضية «Bertin» فى أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة دالوز ص ٤٣٣ مع تعليق دى لوبادير .

(٢) المجموعة ص ٩٨٢ .

كانت شرطا لازما ، فانها ليست كافية » وفي حكمها الصادر في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (القضية رقم ١٦٠٩ لسنة ١٠ قضائية)^(١) تقول : « ... ولما كانت هذه العقود (الادارية) تختلف عن العقود المدنية في أنها تستهدف مصلحة عامة وهى تسيير المرافق العامة عن طريق الاستعانة بالنشاط الفردى مما ينبغى معه أن يراعى فيها دائما وقبل كل شيء تغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ... »^(٢) .

كما أن قضاء المحكمة الادارية العليا قديمة وحديثة ، يقرن شرط اتصال العقد الادارى بالمرافق العام ، بشرط أخذ الادارة بأساليب القانون العام . ومن ذلك على سبيل المثال :

— حكمها الصادر في ٢ يناير سنة ١٩٦٥ (س ١٠ ، ص ٣١٦) وفيه تقرر أن العقد المبرم بين أحد المواطنين وبين مصلحة السياحة ، والموصوف بأنه « عقد ايجار كابين » ... لا جدال فى أنه عقد تقديم خدمات لمرافق من المرافق العامة ، هو مرافق مصلحة السياحة ...

(١) وزارة التكوين ضد السيد / محمد محمد خليل .
(٢) بل ان محكمة القضاء الادارى حرصت على أن تبين أن سر الاختلاف بين القواعد القانونية التى تخضع لها كل من العقود الخاصة والادارية انما هو مقتضيات سير المرافق العامة ، ومن ذلك على سبيل المثال حكمها الصادر فى أول إبريل سنة ١٩٥٦ والذي جاء فيه : « ... أن تنفيذ الالتزامات التعاقدية فى عقود القانون الخاص التى تبرمها الادارة ، لا يجرى على هدى من نفس القواعد التى يتم على أساسها تنفيذ العقود الادارية ، وفى عقود القانون الخاص التى تبرمها الادارة تطبق ... أحكام القانون الخاص المجردة ، المدنية والتجارية . والحال على خلاف ذلك تماما فى ميدان العقود الادارية ، اذ يصبح المتعاقد الى حد كبير بمثابة المتضامن مع جهة الادارة فى الأخذ بنصائر المرفق العام ، والحرس على استمرار حركته ، وادارة نشاطه . ولهذا الوضع أثره فى تنفيذ الالتزام ، فالمدعى التمتع بالتوريد يشتم عليه أن يقوم بتنفيذ التزاماته وفقا لملائمة من القواعد والأصول ، هى أكثر شدة وأمن دقة من تلك التى تجرى تطبيقها فى ظل عقد من عقود القانون الخاص ، والمصلحة العامة التى تهدف الى انتظام سير المرفق العام تحرس على اتباع تفسير حازم لالتزامات من تعهد بالتوريد وفى مقدمة تلك القواعد والأصول التى تحكم عقد التوريد الادارى قاعدة أن المصلحة العامة لانتظام سير المرفق العام لا يصح أن تتأثر فى شيء بالمصلحة الخاصة التى تشغل بال التمتع بالتوريد ، فعليه وقد ارتضى أن يساهم بنصيب فى نشاط هذا المرفق العام ... مضاعفة الدقة والحرس على تنفيذ ما تعهد به من التزامات ... » مجموعة أحكام مجلس الدولة ، السنة العاشرة ، ص ٢٧٣ .

فهو عقد اتسم بالطابع المميز للعقود الادارية من حيث اتصاله
بمرفق عام ، وأخذ به بأسلوب القانون العام » .

- حكمها الصادر فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٧ (س ١٣ ، ص ٣٥٩) حيث تقول : « يبين من الاطلاع على العقد المبرم أنه قصد به تسيير مرفق عام هو مرفق العلاج ، فهو عقد تقديم خدمات لمرفق عام ، اذ تلتزم بموجبه المدعى عليها - لقاء تحمل الهيئة (العامة للسكك الحديدية) بنفقات تعليمها وايوائها أن تلتحق بخدمة مستشفاهما لمدة الخمس السنوات التالية لاتمام دراستها ٠٠٠ وبالتالي فان العقد يكون قد اتسم بالطابع المميز للعقود الادارية من حيث اتصاله بمرفق عام ، وأخذ به بأسلوب القانون العام » .

- حكمها الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٨٧٤) وفيه تعلن أن الترخيص بتسيير خط ملاحى نهري هو عقد ادارى استهدفت الادارة من ورائه « تسيير مرفق النقل النهري ، واتبعت فيه وسائل القانون العام » .

- حكمها الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٩٥٣) وتقرر بمقتضاه أن عقد التأليف المبرم بين وزارة التربية والتعليم وبين بعض المؤلفين ، هو عقد ادارى لأنه « ٠٠ يسهم فى تسيير مرفق التعليم ، وقد انطوى على شرط استثنائى » .

- حكمها الصادر فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٨١ (الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٢٤ قضائية) وفيه تقرر « تستمد الادارة امتيازاتها فى مجال العقود الادارية ، لامن نصوص هذه العقود ، ولكن من طبيعة المرفق العام ، واتصال العقود به ، ووجوب الحرص على استمرار وانتظام سيره بما يحقق المصلحة العامة ٠٠٠ » .

- وأخيرا حكمها الصادر فى ١٦ يناير سنة ١٩٨٢ (مجموعة المبادئ ، السنة ٢٧ ، ص ٢١٦) وفيه تؤكد أن العقد الادارى يتميز بأن « الادارة تعمل فى ابرامه بوصفها سلطة عامة ، تتمتع (م - ٦ العقود الادارية)

بحقوق لا يتمتع بمثلها المتعاقبة معها بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة » .

وقضاء المحكمة في هذا الشأن قديم ومطرد .

٣ - غير أنه إذا كان شرط المرفق العام شرطا لازما وضروريا لاضفاء الصفة الادارية على عقود الادارة ، فانه يكفى في هذا الصدد أن يؤخذ المرفق بأوسع معانيه . ولا محل للتقيد بنوع معين من المرافق العامة لأى اعتبار من الاعتبارات^(١) .

وعلى هذا الأساس لا تقتصر فكرة العقود الادارية على المرافق الادارية ، بل يجوز أن تلجأ اليها المرافق الأخرى لا سيما المرافق الصناعية والتجارية . وإذا كان الغالب أن عقود هذه المرافق هي عقود خاصة ، جريا وراء السياسة التى تستهدف اخضاع هذا النوع من المرافق للقانون الخاص ، فان عقودها تكون ادارية اذا ما توافرات فيها باقى الشروط^(٢) .

ولقد اقر مجلس الدولة المصرى - قضاء ورأيا - المبدأ السابق فى الأمثلة التى أوردناها .

٤ - وأوضاع اتصال العقد الادارى بالمرافق العام متعددة ، وتأخذ فى العمل صورا شتى ، أشارت اليها محكمة القضاء الادارى المصرى فى حكمها الصادر فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٧٧٩ لسنة ١٠ قضائية) حيث تقول : « .. ان المعيار المميز

(١) راجع بهذا المعنى (Péquignot. J.G.A. fasc. 500 n 128.)

حيث يشرح موقف مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص . وراجع تقرير المفوض «Tricot» فى قضية «Dame Vve Lille» التى صدر فيها حكم المجلس فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٣ حيث يقول :

«Est-il vraiment nécessaire d'affirmer qu'il y a service public pour que le contrat soit susceptible d'avoir le caractère administratif ? Sans reprendre une discussion qui s'est souvent instituée devant vous au cours de ces dernières années, on se bornera à observer qu'il s'agit surtout maintenant d'une question de mots. Si on prend le service public dans le sens très large d'action administrative en vue de la satisfaction d'un intérêt général, l'Algérie a organisé un service public.»

(٢) مطول دى لوبادير ، المرجع السابق ، ص ٦١ وما بعدها .

لهذه العقود (الادارية) . . فى موضوع العقد نفسه متى اتصل
بمرفق عام من حيث تنظيم المرفق أو تسييره أو ادارته أو استغلاله
أو المانة أو المساهمة فيه . . . » (١) .

وبذات المعنى تقول المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر
فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٨ (ص ١٣ ، ص ٥٥٧) « ومناطق العقد
الادارى . . . أن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه ،
وتسييره بغية خدمة أغراضه ، وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه
المصلحة العامة » .

ذلك أن من العقود الادارية ما يتعلق بتنظيم المرفق العام أو
استغلاله « l'organisation et l'exploitation » وأشهرها عقود الامتياز
والأشغال العامة .

ومنها ما يتصل بالمعاونة فى تسيير المرفق عن طريق توريد
مواد « Marchés de fournitures » أو تقديم خدمات « Louage de services »
أو عن طريق استخدام المرفق ذاته « L'utilisation de service » . . الخ
وفقا لأنواع العقود الادارية المختلفة التى سنعرض لها فيما بعد .

ولكن هل يشترط أن تكون الصلة بين العقد ونشاط المرفق
الذى يخدمه على درجة معينة من المتانة ؟! يذهب بعض الفقهاء
الى ذلك ، فيشترط لصيرورة العقد اداريا أن يحقق « حالا ومباشرة
غرضا من أغراض المرفق العام » (٢) .

« réalise directement et immédiatement un but de service public ».

(١) وفى القضية رقم ٢٢٢ لسنة ١٠ قضائية والتى صدر فيها الحكم فى ١٦
ديسمبر سنة ١٩٥٦ تقول محكمة القضاء الادارى :

« ومن ثم فإن المعيار المميز للعقود الادارية . . . هو موضوع العقد متى اتصل
بالمرفق العام على أية صورة من الصور ، سواء أكانت من حيث تنظيم المرفق العام
أو استغلاله له أو تسييره أو المعاونة والمساهمة فى ذلك أو استخدامه عن طريق
العقد » .

(٢) راجع مقال الفقيه مارك رجلاد : منشور فى مجلة القانون العام سنة ١٩٢٤

ص ١٩١ بعنوان :

« De l'application aux marchés de fournitures de la separation des autorités administratives et judiciaires ».

ولكن بعض الفقهاء الآخرين يرون أن القضاء الفرنسى لا يتطلب هذا الشرط ، بدليل أنه يعتبر كثيرا من عقود التوريد ادارية بالرغم من أنها لا تخدم المرفق العام الا بطريق غير مباشر^(١) .

وعلى أية حال ، فإن مدى اتصال العقد بالمرفق العام ، هى مسألة موضوعية يراعيها القضاء الادارى فى كل حالة على حدة .

فاذا ما انقطعت صلة العقد بالمرفق العام ، فإن مجلس الدولة الفرنسى يعتبره عقدا خاصا . ومن ذلك العقود التى تبرمها الأشخاص العامة لادارة الأموال الداخلة فى دومينها الخاص^(٢) . وهو ما قضت به دائرة العقود بمعكمة القضاء الادارى المصرية فى حكمها الصادر فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (القضية رقم ٨٧٠ لسنة ٥ قضائية) بخصوص بيع الدولة لثمار بعض الحدائق المملوكة لها ، حيث تقول : « ... ولا علاقة لتلك العقود بتسيير مرفق عام وانما تنصرف العقود الثلاثة ... الى استغلال الدولة للدومين المملوك لها ملكا خاصا تنصرف فيه على شاكلة الأفراد عندما يتصرفون فى أموالهم تصرف السيد فى ماله :

« de jouir et disposer en maitre de ses biens ».

وفقا لقواعد القانون المدنى »^(٣) .

وبذات المعنى قضت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٨ (سبق) أن العقد الذى يبرمه أحد الأفراد مع الادارة لشراء كمية من الزلط الموجود بمخازن سكك حديد الدلتا

(١) مطول اليبير المرجع السابق ، ص ٦٥ .

(٢) قضاء مطرد لمجلس الدولة الفرنسى ، راجع على سبيل المثال حكمه الصادر فى ٣٠ يونيو سنة ١٩٦٦ فى قضية «Dile Weills» مجموعة سبرى القسم الاول ص ١٦١ . ومن أحكامه الحديثة حكمه الصادر فى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٥٢ فى قضية «Sté d' Aubigny-Plages» المجموعة ص ٤٧٥ . وحكم التنازع الصادر فى ٢٤ يناير سنة

١٩٥٢ فى قضية «Conservateurs des eaux et forêts de Corse» المجموعة ص ٦١٣ . (٣) كما أنها فى حكمها الصادر فى ٢٢ مارس ١٩٦٦ (السنة ١٤ ص ٢٥٦)

بعد أن رددت المييار الثلاثى للعقود الادارية انتهت الى أن « تأجير احدى الجهات الادارية لقطعة أرض من أملاكها الخاصة الى أحد الأفراد لاقامة مصنع عليها لا يعتبر عقدا اداريا » .

التي تديرها الحكومة ليس عقدا اداريا ، لأن العقد « لا يتصل بتسيير المرفق العام ، ولا يعدو أن يكون مجرد بيع مال مملوك للدولة ملكا خاصا تتصرف فيه على نحو ما يتصرف الأفراد في أموالهم طبقا لأحكام القانون المدني » . ورفضت المحكمة بحق ادعاء الإدارة بأن « المرفق يعتمد في سيره على بيع هذه المنتجات » . . . « إذ أن مجرد عجز إيراد هذا المرفق عن مواجهة مصروفاته لا يستتبع اتخاذ وسائل القانون العام ، كما لا يستقيم عقلا أن تعتبر هذه العقود إدارية في حين لا تعد كذلك عقود نقل الركاب والبضائع لهذا المرفق ، وهي مظهر نشاطه الأساسي » .

كما أن القضاء الإداري في مصر مستقر على أن « عقد اشتراك التليفون يعتبر من عقود القانون الخاص التي تنظم العلاقة بين المرافق الاقتصادية والمنتفعين بخدماها » . إدارية عليا في ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٨٥ (الطعن رقم ١٨ لسنة ٢٩ القضائية) .

ثم أن محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٢ مايو سنة ١٩٥٨ (السنتان ١٢ و ١٣ ص ١١٤) قضت بأن العلاقة بين الدولة وبين عمال المعاش بالمزارع الحكومية - وهم لا يتقاضون أجورا ، بل يمنحون قطعة أرض يزرعونها ويخصم الإيجار مقابل عملهم - هي علاقة تماقدية مدنية بحته تدخل في نطاق روابط القانون الخاص . (عقد إيجار أرض زراعية اقترن بمقد عمل - منفعة الأرض مقابل الخدمة) . ولكن المحكمة الإدارية العليا ذهبت في تكييف العلاقة مذهبا آخر ، فقضت في حكمها الصادر في ٥ مايو سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٧٩٣) بأن « علاقة عامل المعاش بوزارة الزراعة إنما هي علاقة عمل دائم ، وليست علاقة عرضية أو مؤقتة ، ومن ثم يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بنظر المنازعات التي تنشأ بين عامل المعاش وجهة الإدارة بمناسبة مباشرته لخدمة ذلك المرفق العام » .

المبحث الثالث

اختيار المتعاقدين لوسائل القانون العام

وهذا هو الشرط الثالث والفاصل في تمييز العقود الادارية . ذلك أن اتصال العقد الذى تبرمه الادارة بالمرفق العام ، اذا كان شرطاً لازماً «condition necessaire» لكى يصبح العقد ادارياً، فإنه لا يكفى بذاته «condition suffisante» لكى يضى على العقد تلك الصفة . وتحصر أحكام مجلس الدولة المصرى باستمرار على ابراز هذه الحقيقة الجوهرية فى موضوع العقود الادارية . ومن ذلك قول محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ وقد سبقت الاشار اليه « . . . كما أن علاقة العقد بالمرفق العام اذا كانت ضرورية لكى يعتبر العقد ادارياً ، فإنها ليست مع ذلك كافية لمنحة تلك الصفة ، اعتباراً بأن قواعد القانون العام ليست ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق العام ، إذ أنه مع اتصال العقد بالمرفق العام ، فإن ادارة قد لا تلجأ فى ابرامه الى أسلوب القانون العام لما تراه من مصلحتها فى العدول عن ذلك الى أسلوب القانون الخاص ، فتتبع فى شأنه ما يتبعه الأفراد فى تصرفاتهم الخاصة . ومن ثم فإن المعيار المميز للعقود الادارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التى تبرمها الادارة ليس هو صفة المتعاقد ، بل موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور . . . مشتركاً فى ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة فى العقد . . . » .

كما أن المحكمة الادارية العليا تؤكد فى جميع أحكامها التى أثر فيها نقاش حول طبيعة العقد الادارية ظرف انطواء العقد على شروط استثنائية للتوصل الى اثبات الصيغة الادارية أو نفيها عنه . ومن ذلك على سبيل المثال ما جاء بحكمها الصادر فى ١٩ مايو سنة ١٩٦٢ (س ٧ ص ٨٩٠) ، بعد أن أثبت صلة العقد بالمرفق « وقد تضمن (العقد) - كما يتضح من مطالعة بنوده شروطاً استثنائية

غير مألوفة في القانون الخاص ، وأخرى تنبئ في جملتها عن انصراف نية الإدارة الى اتباع أسلوب القانون العام ، والأخذ بأحكامه ووسائله في شأنه ، مستخدمة في ذلك الامتيازات والحقوق المقررة لها بوصفها سلطة عامة ، ومعتمدة في تعاقدها على فكرة السلطة وعلى تمتعها بقسط من سيادة الدولة وسلطانها ، الأمر الذي يخضع هذه الرابطة التي تتوافر فيها مميزات العقد الإداري وخصائصه لأحكام القانون الإداري »^(١) .

والملاحظ في هذا الصدد أن القانون الإداري قد تطور : فلقد كان القانون الإداري يقوم في أول الأمر على فكرة المرفق العام كلية ، فكانت قواعد القانون الإداري ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق العام ، وذلك حينما كانت المرافق العامة مقصورة على المرافق الإدارية وحدها . ومن ثم فقد كان يكفي أن يتصل العقد بمرفق عام حتى يكون إداريا ، لأن المرافق الإدارية تخضع كلية للقانون العام .

ثم حدث التطور الذي ألمنا اليه فيما سلف ، وظهرت الأنواع الجديدة من المرافق العامة . وحينئذ لم يعد من الممكن أو المفيد أن تخضع المرافق الجديدة خضوعا تاما لقواعد القانون العام ، ومنعت الإدارية حرية كبيرة في اختيار الوسيلة التي تحقق بها الصالح العام . ومن ثم لم يعد كافيا أن يتصل العقد بمرفق من المرافق العامة ليكتسب الصفة الإدارية ، لاحتمال أن تكون الإدارة قد اختارت وسيلة القانون الخاص . ولهذا ظهر الشرط الثالث والأخير لتمييز العقود

(١) وهي تقرر في حكمها الصادر في ٣١ مارس سنة ١٩٦٢ « السنة ٧ ص ٥٢٧ » أنه « ٠٠ إذا كان العقد مبرما لتحقيق مصلحة خاصة ، وليس في نصوصه شروط غير مألوفة في القانون الخاص ، فهو عقد من عقود هذا القانون ، وتخرج المنازعة بشأنه من ولاية القضاء الإداري » .

وفي حكمها الصادر في ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٨ (ص ١٣ ، ص ٥٥٢) تقرر أن احتواء عقد بيع الزلط على شروط « دفع كامل الثمن مقدما قبل تسليم المبيع » و « دفع إيجار المخزن الذي يوجد به الزلط بعد نهاية سنة ١٩٥٥ (موعد التسليم) هي شروط مألوفة في عقود القانون الخاص » .

الادارية • بل سنرى بمد قليل ، أن هناك رأيا يكتفى بهذا الشرط الثالث لتمييز العقود الادارية ، بصرف النظر عن علاقة العقد بالمرفق العام •

وأهم وسيلة يعتمد عليها القضاء الادارى - فى فرنسا وفى مصر - للكشف عن نية الادارة فى اختيار وسائل القانون العام ، هى أن يتضمن العقد - كما يقول القضاء الادارى المصرى فى معظم أحكامه القديمة والحديثة - « شروطا استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص » «Clauses exorbitantes»

ومن أحكام المحكمة الادارية العليا فى هذا الخصوص :

- حكمها الصادر فى ٢ يناير سنة ١٩٦٥ (س ١٠ ، ص ٣١٦)
« وأخذ به بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط غير مألوفة فى القانون الخاص » •

- حكمها الصادر فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٧ (س ١٣ ، ص ٣٥٩)
« ٠٠٠ وأن تظهر نية فى الأخذ بأسلوب القانون العام ، وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة فى عقود القانون الخاص » •

- حكمها الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٨٧٤)
« ٠٠ واتبعت فيه وسائل القانون العام اذ ضمنته شروطا استثنائية غير مألوفة فى نطاق القانون الخاص » •

وأخيرا حكمها الصادر فى ٢١ يونيو سنة ١٩٨٠ (الصعق رقم ٨٥١ لسنة ٢٠ قضائية) « صدور العقد من جهة نائبة عن الدولة واتصاله بنشاط مرفق من المرافق العامة ، وتضمنه شروطا غير مألوفة فى نطاق القانون الخاص » واستنادا الى هذه الشروط انتهت المحكمة الادارية العليا الى أن التصريح لشركة المعمورة للسكان والتمير بالانتفاع بكازينو فى منطقة شاطئ المعمورة ، يعتبر

من المنافع العامة يعتبر عقدا اداريا ، بالنظر الى الشروط الاستثنائية التي انطوى عليها الترخيص والتي اوردها المحكمة تفصيلا .

- هذا ولقد سبق أن رأينا أن المحكمة الدستورية العليا قد استعملت ذات الاصطلاح في أحكامها التي سبقت الإشارة إليها . ومن ثم فإن فكرة « الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص » هي حجر الزاوية في التعرف على طبيعة العقود الادارية في الوقت الحاضر^(١) .

على أنه اذا كان الفقه والقضاء - سواء في فرنسا أو في مصر - يجمع على ضرورة احتواء العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة ، لكي يكتسب الصفة الادارية ، فانه من الصعوبة بمكان تحديد متى تعتبر الشروط خارجة على المألوف في القانون الخاص . ويرجع ذلك في الغالب الى التزام مجلس الدولة الفرنسي خطة الاختصار الشديد في صياغة أحكامه . فهو في الكثير الغالب ، يكتفى بأن يعلن مبدأ اشتغال العقد على شروط غير مألوفة ، دون شرح لهذه الشروط ، ومن ثم يعتبر العقد اداريا . ونجد هذه الصيغة التقليدية في حكمه الصادر في ٢١ يناير سنة ١٩٤٨ في قضية «Penaraya»^(٢) حيث يقول : « ... Clause attribuant à la puissance publique des prérogatives exorbitantes du droit commun ».

وأحيانا يحاول مجلس الدولة الفرنسي تعريف تلك الشروط . ومن ذلك حكمة الصادر في ٢ أكتوبر سنة ١٩٥٠ في قضية «Stien» والذي جاء به في صدد تلك الشروط قوله انها « تلك التي تمنح أحد الطرفين المتعاقدين حقوقا أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها

(١) راجع مطول أندريه دي لوبادير المرجع السابق ، ص ٨٥ حيث يقول :

«La notion de clause exorbitante ou dérogation au droit commun constitue aujourd'hui incontestablement l'élément central de la théorie du contrat administratif. C'est en effet la présence de telles clauses dans un contrat qui est le critère par excellence de son caractère administratif».

(٢) مجموعة سيري سنة ١٩٤٩ ، القسم الثالث ص ٦ .

عن تلك التى يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد فى نطاق القانون المدنى أو التجارى»^(١) .

وفى القليل النادر يبرز القضاء الادارى الشروط التى استند اليها فى اضعاف الصفة الادارية على العقد . ومن أوضح تلك الحالات حكم التنازع الصادر فى ٢٧ يوليو سنة ١٩٥٠ فى قضية «Paulabeuf»^(٢) حيث يقول « وحيث ان الاتفاق المبرم بين الدولة والسيد «Paulabeuf» يحتوى على شروط تخرج على المألوف فى القانون الخاص ، فالمادة ٥ منه تخضع المفاوض لرقابة الادارة وتوجيهها سواء فيما يتعلق بتنفيذ الأعمال التى كلف القيام بها أو باستغلال الحجر . كما أن المادة السادسة تخول الدولة فى حالة تقصيره أن تتولى التنفيذ بنفسها ، وأن تسترد بمقتضى أوامر بالدفع المبالغ التى تنفقها فى هذا الخصوص، وذلك دون حاجة الى اتخاذ أى اجراءات سوى ائذار المفاوض ، وأخيرا فان المادة العاشرة من الاتفاق قد أحلت المشروع محل الدولة فيما يتعلق بحقها فى الاستيلاء المؤقت للحصول على المواد اللازمة للمشروع اذا لم يمكن الاتفاق مع أصحاب الشأن ... »^(٣) .

وبهذا المسلك المفصل يأخذ مجلس الدولة المصرى فى الغالب من أحكامه . فمحكمة القضاء الادارى تقول مثلا فى حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (القضية رقم ٢٢٣ لسنة ١٠ قضائية)^(٤) : « ... ومن حيث أنه يبين من الاطلاع على العقد المبرم بين محكمة القاهرة الابتدائية وبين المدعى عليه ... أنه قد تضمن شروطا منها التزام المدعى عليه بتقديم المشروبات والمأكولات بأسعار محدودة مرافقة للعقد على أن يكون لجهة الادارة حق زيادتها أو تخفيضها وأن يقدم لموظفى ومستخدمى المحكمة المشروبات بأثمان

(١) المجموعة ص ٥٠٥ .

(٢) «Clauses ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charges des obligations étrangères par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consenties par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales» .
(٣) المجموعة ص ٦٦٨ .

مخفضة ، وأن يلتزم المدعى عليه بتنفيذ أمر الجهة الادارية المتعاقد معها اذا رأت فصل أحد العمال لعدم نظافته أو سواء سلوكه أو لأى سبب كان ، كما اشترط فى العقد أن للمحكمة الحق فى التفتيش على المقاصف والعمال فى أى وقت ، والأمر بإجراء النظافة واستبدال الغير لائق من المعدات على حساب المدعى عليه اذا قصر فى هذا الشأن ، وكذلك نص فى العقد على حق المحكمة فى فسخ العقد والاخلال دون حاجة الى تنبيه أو اذار ، وهذه كلها شروط غير مألوفة فى العقود الخاصة الماثلة » .

« ومن حيث انه على مقتضى ما تقدم يكون العقد سالف الذكر قد اتسم بالطابع المميز للعقد الادارية من حيث اتصاله بمرفق عام ، وأخذته بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط استثنائية ... »

كما أن المحكمة الادارية العليا تفضل ذات الشيء ، فهى تقر فى حكمها الصادر فى ١٣ مايو سنة ١٩٦١ (س ٦ ص ١٠١٢) أنه « من المسلم به أن العقد الادارى يتميز باحتوائه على شروط غير مألوفة فى العقود المدنية ، الفرض منها ضمان حسن سير المرافق العامة ، ومن ثم فإن البند الذى يخول الادارة الحق فى توقيع العقوبات على المخالف جائر قانونا ، والقول انه يطلق يد الادارة فى توقيع الغرامة التى تقدرها بلا قيد من حيث مقدارها ، هذا القول مردود بأن استعمال الادارة حقها المخول لها فى هذا البند من حيث فرض الغرامة على المخالف ، خاضع لرقابة القضاء الادارى للتحقق من أنه غير مشوب بالتمسف » .

وفى حكمها الصادر فى ٣١ مارس سنة ١٩٦٢ (س ٧ ص ٥٢٧) ، يمسد أن أبرزت صلة العقد بالمرفق العام بقولها « ... وهكذا يكون التعاقد قد انصب على شيء يتعلق باحتياجات المرفق العام وتسييره » استطردت توضيح قائمة الشروط الاستثنائية التى انطوى عليها التعاقد . ومن هذه الشروط فى نظر المحكمة فى ذلك الحكم :

(أ) النص على حق الهيئة الدائمة لاستصلاح الأراضي في توقيع غرامة يومية قدرها جنية عند الاخلال بأى شرط من شروط العقد .

(ب) النص على حق الهيئة المشار اليها المطلق في فسخ العقد اذا أخل المورد بأى شرط من الشروط .

(ج) أستقلال الادارة المتعاقدة بوضع شروط العقد .
وهذه الأحكام المطولة - سواء في فرنسا أو في مصر - تكشف عن طبيعة الشروط غير المألوفة .

ومن الأمثلة الحديثة للشروط الاستثنائية التي حرصت المحكمة الادارية العليا على ابرازها :

- حكمها الصادر في ٢٠ مايو سنة ١٩٦٧ (س ١٢ ، ص ١٠٩٤) حق الادارة في التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر وتوقيع الجزاءات عليه دون رجوع الى القضاء .

- حكمها الصادر في ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٦٧ (س ١٣ ، ص ٣٥٩) شروط الالتزام بالخدمة في عقود التعليم والا دفع نفقات الدراسة بالكامل .

- حكمها في ١١ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ص ٨٧٤) حق الادارة في « تعديل الخطوط (خط الملاحة النهري) والتعريفة ونظام السير والمواعيد وتوقيع الغرامات عن عدم تسيير المنشآت وما الى ذلك » .

- حكمها في ١٨ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٤ ، ص ٩٥٣) حق وزارة التربية والتعليم في اسقاط حق المؤلف بصفة مطلقة لصالح الوزارة ، وحققها في تنقيح المؤلف وتعديله كما تشاء دون أن يكون للمؤلف حق الاعتراض على ذلك .

ويمكن رد هذه الشروط غير المألوفة الى أفكار رئيسية ، كما يمكن الاستدلال عليها بقرائن معينة . ونجمل ذلك كله فيما يلي :

أولا : الشروط التى تتضمن امتيازات للادارة لا يمكن أن يتمتع بها المتعاقد الآخر^(١) : وهذه الامتيازات فى مجال شروط العقد ، هى أبرز ما يميز العقود الادارية ، اذ بمقتضاها تستطيع الادارة أن تحمل المتعاقد معها ، وبارادتها المنفردة ، التزامات تجعل موقف المتعاقدين فى العقود الادارية غير متكافئ . فمنذ الخطوات الأولى فى إبرام العقود الادارية يتجلى هذا الاخلال بقاعدة مساواة المتعاقدين . فالفرد الذى يتقدم بقصد التعاقد فى مناقصة أو مزيدة عامة يلتزم بمجرد تقديمه ، أما الادارة فلا تلتزم الا فى وقت متأخر ، وقد لا تلتزم اطلاقا كما سنرى فيما بعد . وفى بعض العقود قد تشترط الادارة شروطا هى من قبيل شروط الأسد فى القانون الخاص . وبينما يلتزم الأفراد بمجرد التعاقد ، فان الادارة قد لا تلتزم بشئ اطلاقا ، بل وقد تحتفظ بحقها فى التحرر من العقد كلية ، كما هو الشأن فى عقد طلب تقديم المساعدة على التفصيل الذى نعرض له فى موضعه . وتتجلى تلك الشروط فى تنفيذ العقد على وجه الخصوص . فالادارة تضمن عقودها الادارية باستمرار شروطا تحتفظ لنفسها بمقتضاها بالحق فى تعديل التزامات المتعاقدين معها سواء بالنقص أو بالزيادة ، وبسلطة التدخل للإشراف على تنفيذ العقد ، وتغيير طريقة التنفيذ ، ووقف التنفيذ مؤقتا ، وفسخ العقد أو انهاءه بارادتها المنفردة دون حاجة لرضاء الطرف الآخر . وأخيرا فان من تلك الشروط ما يخول الادارة حق توقيع عقوبات على المتعاقدين معها فى حالة اخلاله بالتزاماته دون حاجة الى وقوع ضرر أو الالتجاء الى القضاء . . . الخ

هذه الشروط يبرزها القضاء الادارى المصرى باستمرار سواء فى قضاء المحكمة الادارية العليا أو محكمة القضاء الادارى ، وقد رأينا بعض الأمثلة لهذا القضاء .

ثانيا : ومن الشروط غير المألوفة ما يغول المتعاقد مع الادارة
سلطات استثنائية في مواجهة الغير^(١) : بمعنى أنها تخول المتعاقد مع الادارة الحق في ممارسة بعض مظاهر السلطة التي تمارسها الادارة عادة ، وبالقدر الذى يستلزمه تنفيذ العقد الادارى .
وواضح أن مثل هذه الشروط لا نظير لها فى العقود التى تتم فى نطاق القانون الخاص بين الأفراد .

وعلى هذا الأساس كثيرا ما تتضمن عقود امتياز المرافق العامة شروطا تخول الملتزمين حق ممارسة بعض سلطات البوليس ، أو حق نزع الملكية ، أو فرض ارتفاعات معينة . كما أن المقابل الذى يتقاضاه الملتزم من المنتفعين - وفقا لبعض الآراء وكما سنرى فيما بعد - هو رسم يخضع لأحكام القانون العام وليس أجرا فى مقابل الخدمة كما هو الشأن فى عقود القانون الخاص . ثم ان بعض الشروط التى ترد فى عقد الامتياز - دون أن تتضمن تفويضا صريحا فى ممارسة مظاهر السلطة العامة السابقة - فانها تتسم بصفات تجعلها غير مألوفة فى العقود الخاصة . ومثال ذلك تخويلها الملتزم استئصال واستغلال الدومين العام بطريقة تجعله صاحب احتكار فعلى «monopole de fait» فتؤدى تلك الشروط بالتبعية الى تقييد حرية المشروعات المنافسة^(٢) .

وكثيرا ما نجد فى عقود الأشغال العامة شروطا تخول المفاوض حق شغل بعض المقاررات الخاصة لمدة محدودة «privilege d'occupation temporaire» دون حاجة لرضاء ملاكها مقدما . وهذا من حقوق السلطة العامة التى تمارسها الادارة عادة . وبعض العقود الأخرى تخول المتعاقد مع الادارة سلطة الاستيلاء على بعض المنقولات جبرا «droit de requisition»

ثالثا - الاحالة الى دفاتر شروط معينة^(٣) : سنرى عند دراستنا لكيفية إبرام عقود الادارة أن الادارة كثيرا ما تمد شروطا

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢١ ابريل سنة ١٩٥٠ فى قضية «Nuncies» المجموعة ص ٢٣١ .

(٢) «Prérogatives octroyées par le contrat au cocontractant à l'égard des tiers».

(٣) «La référence à un cahier des charges de l'administration»

موحدة لطوائف مختلفة من العقود الادارية ، وتضمنها دفاتر تطبع وتعد مقدما قبل التعاقد ، وتعتبر جزءا من العقد الادارى بعد ابرامه بجوار الشروط الخاصة التى يتفق عليها بين الادارة وبين المتعاقد الآخر . فاذا لم يتضمن العقد شرطا غير مألوف ، ولكنه أحال الى دفاتر الشروط تلك ، فهل تعد هذه الاحالة بمثابة شرط استثنائى يضىء الصفة الادارية على العقد ؟

تتوقف الاجابة على طبيعة الشروط الواردة فى الدفتر المشار اليه : فاذا كانت تلك الشروط استثنائية وغير مألوفة ، فلا شك فى أن العقد يصبح اداريا ، لأن الاحالة على دفتر معين ، يجعل الشروط الواردة به جزءا لا يتجزأ من العقد ، وكأنها قد وردت به صراحة .

أما اذا كانت الدفاتر المحال عليها لا تتضمن شروطا غير مألوفة ، فان الاحالة عليها لا تتضمن ما يفيد فى تحديد طبيعة العقد «référence inutile» (١) .

رابعاً : شروط جعل الاختصاص للقضاء الادارى (٢) : كثيرا ما تضمن الادارة عقودها شرطا تجعل الاختصاص بمقتضاه للقضاء الادارى فى كل ما يتعلق بالمنازعات المتولدة عن العقد . فهل يكفى هذا الشرط للكشف عن طبيعة العقد الادارية ؟ لقد رأينا أن فكرة العقود الادارية بتحديد القانون تقوم على أساس مشابه ، لأن تلك العقود تكتسب الصفة الادارية لمجرد أن المشرع قد جعل الاختصاص بنظر المنازعات المتولدة عنها للقضاء الادارى . ولكن مجلس الدولة

(١) قضاء مطرد : حكم التنازع الصادر فى ١٧ يوليو سنة ١٩٢٣ فى قضية «Sté des magasins généraux» المجموعة ض ٥٨١ وفى ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ .
فى قضية «Siret» «Siret, Rev. prat. de dr adm. 1954 no. 850»
ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص حكمه الصادر فى ٢١ يناير سنة ١٩٣٨ فى قضية «Bureau de l'édition musico-mécanique»
سرى سنة ١٩٤٠ القسم الثالث ص ٩ مع تعليق مستر ، وفى ٢٣ فبراير سنة ١٩٤٤ فى قضية «Trahands» مجلة القانون العام سنة ١٩٤٥ ص ٢٥٥ مع تعليق جيز .
(٢) «Les stipulations attributives de compétences»

الفرنسي لم يعمل الشرط الاتفاقي فيما يتعلق بالاختصاص على اطلاقه ، بل يحاول أن يوفق بين مبدأين :

(أ) المبدأ الأول : هو حرية المتعاقدين في الاختيار بين العقود الادارية وعقود القانون الخاص .

(ب) المبدأ الثاني : أن الادارة لا تستطيع باتفاقاتها مع الأفراد أن تعدل قواعد الاختصاص ، لأن تلك القواعد تتعلق بالنظام العام .

وباعمال هذين المبدأين ، ينتهي القضاء الى أن شرط الاختصاص لا يمكن أن يؤثر بذاته على طبيعة العقد . ولكنه قد يكشف عن طبيعة العقد اذا كان العقد اداريا^(١) ، وبالتالي فان دور هذا الشرط يمكن تلخيصه فيما يلي :

١ - لا قيمة للشرط اطلاقا اذا كانت طبيعة العقد واضحة .
فاذا كان العقد اداريا بطبيعته لاحتوائه على شروط استثنائية وغير مألوفة ، فان شرط الاختصاص يصبح مجرد تأكيد لحقيقة ثابتة من قبل . فاذا كان العقد خاصا بطبيعته ، كما لو كان موضوعه يتعلق بالدومين الخاص مثلا ، فان القضاء يهدر الشرط باعتباره مخالفا للنظام العام^(٢) .

٢ - أما فائدة الشرط فتتجلى في حالة ما اذا كانت طبيعة العقد غير واضحة ، بمعنى أن العقد الذي ورد به الشرط قد يكون اداريا أو خاصا وفقا لارادة المتعاقدين ، ففي هذه الحالة اذا ما كانت الشروط غير قاطعة في اضماء الصبغة الادارية على العقد ، لكونها مجرد قرارات ترجح الصبغة الادارية ، فعينئذ يكون شرط الاختصاص ، بالاضافة الى القرائن الأخرى ، العامل الحاسم في ابراز صفة العقد الادارية . وهذا هو مسلك مجلس الدولة الفرنسي والذي وضع أساسه في حكمه الصادر في ١٩ يونيو سنة ١٩١٨ في

(١) راجع مطول دي لوبادير ، المرجع السابق ، ص ٨١ حيث يقول :

«Il en résulte que la clause attributive de compétence ne peut avoir d'effet que si elle répond à la nature réelle du contrat dans lequel elle a été insérée».

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٨ يوليو سنة ١٩١٦ في قضية

«Sté. gén. de gaz du Midi» المجموعة ص ٣٣ وفي ١٩ فبراير سنة ١٩٢٦ في

قضية «Dep. de l'ain» المجموعة ص ١٩١ .

قضية «Sté. des voiliers français»^(١) ، حيث اقترن شرط الاختصاص ،
بالإشارة الى « تقاليد وزارة البحرية»^(٢) والذي جاء فيه :

«Si la clause prévoyant que les contestations seraient jugées administrativement ne pouvait être par elle-même attributive de compétence, elle n'en a pas moins eu pour effet d'indiquer la commune intention des parties en ce qui concerne le caractère de la convention intervenue entre elles».

خامسا : اشتراك المتعاقد مع الإدارة مباشرة في تسيير المرفق العام^(٣) : إذا خلا المقدم من الشروط غير المألوفة أو القرائن السابقة ، فإن القضاء الإداري الفرنسي يعتبره إداريا إذا كان من شأنه أن يؤدي الى اشتراك المتعاقدين مباشرة في تسيير المرفق العام .

وعلى هذا الأساس استقر القضاء الإداري على أن عقد امتياز (أو التزام) المرافق العامة هو عقد إداري باستمرار ، لأنه يؤدي الى اشتراك الملتزم في إدارة المرفق العام بنفسه «Participe lui-même à l'exécution du service public» . وطبق الفكرة السابقة فيما يتعلق بالمعقود التي تبرمها الدولة ، لا سيما في وقت الحرب ، بقصد نقل الجنود . فإذا اقتصر مؤجر السفينة على وضع سفينته تحت تصرف الدولة دون أى مشاركة من جانبه ، فالعقد يعتبر عقد إيجار من عقود القانون الخاص . أما إذا تولى بنفسه وبيجارته نقل الجنود ، فإن العقد يعتبر إداريا^(٤) . على أن بعض الأحكام الصادرة من مجلس الدولة الفرنسي توحى بأن المشاركة في تسيير المرفق العام في الحالات السابقة لا يمكن أن تؤدي بذاتها الى صيرورة المقدم إداريا ، بل يتعين أن يسير المرفق في هذه الحالة وفقا لقواعد القانون

(١) المجموعة ص ٥٩٧ .

(٢) «La référence aux usages du département de la marine».

(٣) «La participation directe du cocontractant à la gestion même du service».

(٤) حكم التنازع الصادر في ٧ نوفمبر سنة ١٩٧٢ في قضية «Manon» المجموعة ص ٧٩٥ وحكمها الأحداث الصادر في ٦ أكتوبر سنة ١٩٤٦ في قضية «Sté franco-tunisienne» المجموعة ص ٣٢٧ وحكم المجلس الصادر في ١٣ فبراير سنة ١٩٤٧ في قضية «Granges» مجموعة سري سنة ١٩٤٩ ، القسم الثالث ، ص ٦ .

العام ، لأنها هي التي تتطلب وسائل غير مألوفة في مهامات الأفراد فيما بينهم^(١) .

ولكن هذا القضاء الأخير لا ينسجم مع ما هو مستقر من أن عقود امتياز المرافق العامة ذات الطابع الاقتصادي (الصناعية والتجارية) هي عقود ادارية باستمرار بالرغم من أن معظم نشاط تلك المرافق يخضع القانون الخاص^(٢) .

سادسا : العقود التبعية والتكميلية : اذا ما كان العقد محل النزاع قائما بذاته ، فانه يمكن تحديد طبيعته القانونية في ضوء الضوابط الثلاثة السابقة . على أنه يصادفنا في العمل حالة العقود التكميلية والتبعية التي لا توجد الا مستندة الى عقد سابق . وهنا تمتد طبيعة العقد الأصلي الى العقد التكميلي أو التبعية . وقد طبقت المحكمة الادارية العليا هذا المبدأ في حكمين من أحكامها على النحو التالي :

أولا - حكمها الصادر في ١٨ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٩٥٣) وتتلخص ظروفه فيما يلي :

أبرمت وزارة التربية والتعليم عقدا مع بعض المؤلفين تنازلوا بمقتضاه عن تأليف كتاب المطالعة للمدارس الاعدادية الجزء الثاني ، وتمهدوا بمراجعة تجارب الكتاب . وقد حدث أن طبع هذا الكتاب أكثر من مرة ، وفي احداها اختارت الوزارة أحد المؤلفين لمراجعة

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١١ يونيو سنة ١٩٤٨ في قضية «Jouvet» دالويز سنة ١٩٤٨ القسم الثالث ص ٥٣٧ مع تعليق «Blaeuvoet» . وحكمه الصادر في ١٤ مايو سنة ١٩٤٨ في قضية «Jaquin» مجلة القانون المسام سنة ١٩٤٩ ص ٦٠٠ مع تعليق فالين ، ويتعلق هذا الحكم الأخير بأن احدى البلديات تماقت مع أحد الأفراد على اطلاق صواريخ في ١٤ يوليو . ففضى المجلس بأن المقدم مدني ويرر ذلك بقوله :

«Considérant que le service public à l'exécution du quel a participé cet artificier ne présentait, en ce qui concernait le tir du feu d'artifice qu'il devait réaliser, aucune modalité de fonctionnement de nature à donner à cette operation un caractère différent de celui qu'elle aurait revêtu si elle avait été effectuée pour le compte d'un particulier».

(٢) مطول أندريه دي لوبادير ، المرجع السابق ، ص ٧٢ هامش رقم ١٣ .

تجارب الطبقات ، فأخطأ في الغلاف خطأ ترتب عليه إعادة طبعه .
فرجعت عليه الوزارة بالتكاليف أمام محكمة القضاء الإداري .
فدفع المؤلف بانتقضاء العقد بتنفيذه أول مرة ، وأن الخطأ الذي
رفعت الدعوى بشأنه ليس خطأ تعاقدياً ، وأنه حتى مع التسليم
بوجود عقد ، فإنه ليس من العقود الإدارية ، لأن مراجعة تجارب
(أو بروفات) الكتاب لا يحتوى على الشروط الاستثنائية التي يلجأ
إليها في تمييز العقود الإدارية . وأقرت محكمة القضاء الإداري
الدفع الأول ، وقضت بعدم الاختصاص . ولكن المحكمة الإدارية
المليا ألغت حكمها ، وأقرت مبدأين هامين :

المبدأ الأول : أن ثمة عقداً غير مكتوب . وبحسب قول المحكمة :
« ومن حيث أن العقد غير المكتوب ولئن كان غير مألوف في المجال
الإداري بسبب جنوح الإدارة عادة إلى إثبات روايتها العقدية
بالكتابة^(١) ، إلا أنه لا يزال يؤدي دوراً مكملًا لبعض أنواع العقود
الإدارية ، فقد تركز إليه مع بعض المتعاقدين إذا اتفقت معهم
على تكميل أغراض التعاقد الأصلي من ناحية من النواحي التي انصب
عليها . وهذا الأسلوب التعاقدى يخلق مشكلة التعرف على طبيعة
هذا العقد إذا أعوزه بعض الخصائص التي يتسم بها العقد الإداري
كمقتضى الشروط الاستثنائية مثلاً » .

المبدأ الثاني : أن صفة العقد الأصلي تمتد إلى العقد المكمل :
تقول المحكمة : « ولقد قطع القضاء الإداري الفرنسي في هذا الصدد
بأن هذا العقد المكمل تنصرف إليه طبيعة العقد الأصلي بحكم ارتباطه
به ، وتحويله عليه ، واذن فلا حاجة البتة إلى استظهار أركان العقد
الإداري فيه » .

ولما كان العقد الأصلي - عقد التأليف - يسهم في تسيير مرفق
التعليم ، وقد انطوى على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون

(١) وسوف ندرس هذه النقطة فيما بعد .

الخاص ، فان المحكمة قد انتهت الى اضافة الصيغة الادارية على
المقدين الأصلي والتكميلي ، وهو اجتهاد سليم .

ثانيا - حكمها الصادر في ٢٦ فبراير سنة ١٩٧٢ (س ١٧ ،
ص ٢٦٣) : وتجرى وقائمة على النحو التالي :

استأجر أحد المواطنين قطعة أرض من مصلحة المحاجر والمناجم
لاقامة مصنع طوب عليها ، ولتشوين بمض المواد اللازمة للصناعة ،
وذلك في ظل القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٤٨ (المناجم والمحاجر)
ابتداء من ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥١ . ثم صدر القانون رقم ٦٦ لسنة
١٩٥٣ الذي حل محل القانون الأول وخفف الايجار للمتر المربع
من ٨٠ جنيها الى ٢٠ جنيها ، كما قرر بمض الاعفاءات . طالبت
الادارة بقيمة الأجرة على أساس القانون الأول . ولما وصل النزاع
الى محكمة القضاء الاداري أثرت بشأنه عدة دفعات يمنينا منها الدفع
بعدم الاختصاص ، نظرا لأن المقدم من عقود القانون الخاص ، لأنه
ينصب على استئجار قطعة أرض من أملاك الدولة الخاصة وهو
لا يتصل باستغلال منجم أو محجر : « اذ الثابت أن الأرض موضوع
النزاع هي من أملاك الدولة الخاصة وأنها أجرتها للمدعى مصنعا
لانتاج الطوب الأجوف ، والمنتجات الأسمنتية ، وليتخذ منها حوش
تشوين نظير جمل معين ، وأن تلك الأرض لا تتضمن مواد معجيرية
يمكن استخدامها في الأغراض التي أقيم من أجلها المصنع » .

ولكن المحكمة الادارية العليا قد رفضت هذا الدفع : « ومن
حيث ان هذا الدفع مردود بأن مصلحة المناجم والمحاجر لا تقوم
- طبقا لما تقضى به القوانين المتعاقبة في شأن المناجم والمحاجر -
بتأجير أرض خارج مناطق البحث والاستغلال لاقامة مبان أو منشآت
أو مد خطوط ديكوفيل أو لتكوين « أحواش تشوين » الا تبعا
لترخيص بالبحث أو عقد استغلال منجم أو محجر ، فمثل هذه العقود
تعتبر عقودا تبعية لترخيص البحث وعقود الاستغلال ، ومتفرعة

عنها • ومن المبادئ المقررة أن العقد التبعي أو المتفرع عن عقد أصلي يسرى عليه ما يسرى على العقد الأصلي • ومن ثم تأخذ عقود تأجير هذه الأراضي حكم تراخيص البحث وعقود استغلال المناجم والمحاجر • ولا خلاف في أن هذه التراخيص تعتبر قرارات إدارية ، كما تعتبر عقود الاستغلال المترتبة عليها عقودا إدارية ، وبهذا جرى قضاء هذه المحكمة » •

وهكذا أصبح هذا المبدأ النظري مطبقا أمام المحكمة الإدارية العليا • ومن المسلمات أن المبادئ التي تقررها المحكمة الإدارية العليا هي مبادئ ملزمة لمحاكم مجلس الدولة الأخرى ، وتؤدي مخالفتها إلى قبول الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا في الأحكام الصادرة على خلافها •

تلكم هي الشروط الأساسية التي يجب توافرها في عقود الإدارة لكي يصبح العقد إداريا ، والتي يرددها معظم الفقهاء في مؤلفاتهم أو تعليقاتهم^(١) وهي التي يشير إليها مفوضو الدولة في تقاريرهم أمام مجلس الدولة الفرنسي • كما أن معظم أحكام مجلس الدولة الفرنسي ، وقد أوردنا الكثير منها ، تشير إلى تلك الشروط بما لا يدع مجالا للشك في لزومها جميعا • وأخيرا فإن أحكام القضاء الإداري المصري قاطعة في هذا الخصوص •

غير أن فريقا من الفقهاء يذهب إلى إهدار شرط المرفق العام ، اكتفاء بالشرط الثالث ، بمعنى أنه إذا تضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، فإن العقد يصبح إداريا بنقض النظر عن علاقته بالمرفق العام^(٢) •

(١) راجع بجوار ما سبق ذكره ، جيز ، مجلة القانون العام سنة ١٩٤٥ ص ٢٥٢ ، وفالين مطوله في القانون الإداري ، الطبعة السادسة ص ٥٦١ ، وتعليق لستر في سبى سنة ١٩٢٨ ، القسم الأول ص ٢٠١ • ويكيكو ودی لوبادير ، المرجعان اللذان أشرنا إليهما أكثر من مرة •

(٢) راجع بهذا المؤلف الفقيه René Chapus وموضوعه :

« Responsabilité publique et responsabilité privés »
طبعة سنة ١٩٥٤ ، ص ١٠٩ حيث يستعرض قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد مركزا الضوء على عنصر الشروط الاستثنائية وحدها •

ولم يبق الاتجاه السابق بمعزل عن القضاء الادارى ، فقد وجدت فيه أحكام - وان تكن قليلة - الا أنها تمكس الرأى السابق ، ونكتفى بالاشارة الى بعضها :

حكم التنازع الصادر فى ٢٧ يوليو سنة ١٩٥٠ فى قضية «Paulabent» (وقد سبقت الاشارة اليه) وقد اهتم اهتماما بالغاً بفحص شروط العقد ، وأبرز الصفة الاستثنائية وغير المألوفة على النحو الذى أوردناه ، ولكنه لم يتحدث عن فكرة المرفق العام اطلاقاً ، بل لقد كان موضوع العقد بمعيد الصلة عن المرفق العام ، ويقوم على استغلال محجر يملكه أحد الأفراد واستولت عليه الدولة .

وهذه بعض الأحكام الأخرى خطوة أبعد من ذلك ، فلم تكتف بتجاهل شرط المرفق العام ، وانما ذكرت صراحة أن احتواء العقد الذى تبرمه الادارة على شروط غير مألوفة ، يجعل هذا العقد ادارياً ولو كان منبث الصلة بالمرفق العام . نجد هذا المعنى واضحاً فى حكم التنازع الصادر فى ٦ يوليو سنة ١٩٤٦ فى قضية «Etat C. sté des établissements Frigorifiques Lyonnais» والذى جاء فيه أنه وان كان العقد المبرم بين الشركة والادارة لا يؤدى الى اشتراك الشركة فى تنظيم المرفق العام ولا فى تسييره ، فإن المادة العاشرة منه قد أخضعت تنفيذ العقد للشروط الواردة فى دفتر الشروط العامة التى تخضع لها عقود وزارة الحربية ، وهذه الاحالة الى شروط تخرج على المألوف فى القانون الخاص فى كثير من النواحي تطبع العقد بالصفة الادارية^(١) .

ثم ان مجلس الدولة الفرنسى - بروحه العملية التى لا تهتم كثيراً بالمعايير النظرية - قد أصدر أحكاماً ، وان تكن قليلة فإنها قد

= فى مصر دافع عن وجهة النظر السابقة الدكتور ثروت بدوى فى رسالته عن عمل الأمير ، طبعة سنة ١٩٥٥ ص ١٧ وما بعدها . كما تبني وجهة النظر ذاتها ، الدكتور أحمد عثمان عباد فى رسالة عنوانها « مظاهر السلطة العامة فى العقود الادارية » . طبعة سنة ١٩٧٣ وقد أعدها بأشراف الدكتور ثروت بدوى .
(١) المجموعة ص ٣٢٩ .

خرجت على الضوابط التي تقيد بها في مجال معيار المقعد الإداري ،
ونجد أشهر تطبيقات هذه الحالة في حكمة الشهير الصادر في ١٩
يناير سنة ١٩٧٣ في قضية «Soc. d'exploitation électrique de la rivière
du sant» المجموعة ص ٤٨ . فقد اعتبر من قبيل المقود الإدارية
المقود التي تبرمها بعض جهات الإدارة لشراء الكهرباء من
منتجى القطاع الخاص الذين لم يشملهم التأمين لمجرد أن المشرع قد
أخضع هذه المقود لنظام استثنائي «un régime exorbitant du droit
sommun» يتمثل في ضرورة الالتجاء الى وزير الكهرباء
بصد كل نزاع ينشعب بين الإدارة وبين منتجى الكهرباء قبل اللجوء
الى القضاء . وقد اعتبر بعض الفقهاء هذا الحكم بمثابة أزمة
«crise» في مجال المقود الإدارية . وبارلهم من ذلك فقد أقرت
محكمة التنازع هذا الاتجاه (حكمها في ٢٤ أبريل سنة ١٩٧٨ في
قضية «Soc. boulangerie du Kourou» المجموعة ص ٦٤٥)^(١)

وهذا الاتجاه من بعض الفقهاء والأحكام ، يكشف عن الظروف
المعاصرة التي تحيط بفكرة المرفق العام كمعيار لتحديد مجال
القانون الإداري . فهناك - كما سبق أن ذكرنا - اتجاه يرمى في
الوقت الحاضر الى احياء فكرة السلطة العامة لتحل محل فكرة المرفق
العام في تحديد مجال تطبيق القواعد الإدارية . ولكن وضع السلطة
العامة موضع المرفق العام في تحديد مجال تطبيق القانون الإداري ،
هو في رأينا وقوف عند الوسيلة دون اهتمام بالفاية ، وهو مسلك
في غاية الخطورة ، لا سيما في الوقت الحاضر الذي زاد فيه تدخل
الإدارة في مختلف النواحي . فالمسلم به أن سلطان الإدارة ليس
بغاية في ذاته ، ولكنه وسيلة لتحقيق النفع العام . والمرافق العامة
هي أنجع وسائل الإدارة في تحقيق النفع العام . وكل ما قد يؤخذ
على فكرة المرفق العام ، أن النفع العام لا يتحقق دائما عن طريق
مرفق عام ، أو على الأقل لا يرتبط في جميع الحالات ارتباطا مباشرا
بمرفق عام . ومن ثم فقد نادى الفقيه فالين باستبدال فكرة النفع

(١) وراجع مؤلف الفقيه «René Chapus» المرجع السابق ، ص ٣٧٢ .

العام بفكرة المرفق العام . ولكن هذه الفكرة لا يمكن أن ترقى الى درجة المعيار ، ولن تغنى عن فكرة المرفق العام ، لأنها فكرة غير محددة ، ولأن النفع العام هو المحرك لنشاط الادارة كله . والمسلم به أن نشاط الادارة لا يتم جميعه فى نطاق القانون الادارى . ثم ان الادارة لا تحتكر تحقيق النفع العام ، وانما يشاركها فى ذلك الأفراد بدرجة تتزايد يوما بعد يوم ، بل وبتشجيع من الادارة ذاتها كما ذكرنا .

ومن ثم ، فان الأحكام السابقة التى تقف عند الشروط غير المألوفة ، وتهمل صلة المقعد بالمرفق العام ، ما تزال قليلة كما ذكرنا ، بالقياس الى تلك التى تربط بين الشرطين . ونرى من المصلحة العامة أن نقرن بين الشرطين فى مصر ، مع التوسع فى معنى المرفق العام ، لأن وسائل القانون العام المنطوية على عنصر السلطان ، انما تقررت نزولا على مقتضيات سير المرافق العامة . أما فى غير تلك الحالة ، فعلى الادارة أن تلجأ الى وسائل القانون الخاص . وبذلك نضمن التوفيق بين الصالح العام ومصالح الأفراد وحریاتهم^(١) .

وأخيرا ، فقد رأينا أن هذا المسلك الذى ندافع عنه ، هو الذى يلتزمه القضاء الادارى المصرى فى أحكامه حتى الآن ، وقد أيدته أخيرا المحكمة الدستورية العليا فى أحكامها التى أوردناها فيما سلف .

تعديد طبيعة الاتفاقات المركبة

يحدث فى العمل أن نكون أمام اتفاق مركب *«convention complexe»* تبرمه الادارة ويحتوى على عناصر متنوعة ، ولو طبقنا عليها المعيار السابق فى التمييز بين العقود الادارية وعقود القانون الخاص ، لوجدنا أن الاتفاق ينطوى فى حقيقة الأمر على نوعين من العقود : عقد ادارى وعقد من عقود القانون الخاص . فهل يفصل القضاء بين

(١) فى التفاصيل . راجع مؤلفنا « مبادئ القانون الادارى » المرجع السابق حيث ناقشنا تطورات هذا الموضوع بالتفصيل .

كل نوع من الشروط ، ويطبق عليه النظام القانونى الذى يحكمه ،
أم يعامل الاتفاق ككل ويخضعه لنظام قانونى واحد ؟! مثال ذلك أن
تبرم الادارة اتفاقا يشتمل على عناصر أشغال عامة ، - مما يعتبر
عقدا اداريا فى جميع الحالات كما ذكرنا - وينطوى فى ذات الوقت
على عناصر عقد توريد مما يعتبر اداريا أو مدنيا وفقا لطبيعته
الذاتية .

يجرى القضاء الادارى فى فرنسا - فى مثل الحالة السابقة -
على معاملة الاتفاق ككل : (Le principe de l'unité de la convention)
بمعنى أن ينظر القاضى الى العنصر الغالب (L'élément prédominant)
ويطبع الاتفاق بطابعه . ومن ذلك قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى
موضوع تأجير الادارة لينابيع المياه المعدنية (Les eaux de sources
thermales) إذا تضمن التأجير عناصر أشغال عامة أو امتياز
بمرفق عام^(١) . ويمكن أن نعتبر من هذا القبيل فى مصر فتوى
مجلس الدولة فى ٢٩ يوليو سنة ١٩٥٧ (سبقت) والتي اعتبرت
مجموعة الاتفاقات التى تمت بين الادارة وبين المتقاعد بخصوص
استصلاح وتعمير منطقة المقطم والمنزه بمثابة عقد امتياز يخضع
لل قانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ .

هذا ويجرى مجلس الدولة الفرنسى على تغليب الجوانب الادارية
فى الاتفاق على أساس ترجيح المصلحة العامة ، بحيث لا يهمل
القضاء تلك الجوانب ، الا اذا كانت ضئيلة بالقياس الى الجوانب
المدنية فى العقد^(٢) .

(١) راجع حكم مجلس الدولة الصادر فى ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ فى قضية
«Ste des automobile Talbot» المجموعة ص ٨٦ وفى ٣ يوليو سنة ١٩٢٥
فى قضية «de Mestral» دالوز سنة ١٩٢٦ القسم الثالث ص ١٧ وفى ١١ يونيو سنة
١٩٥١ فى قضية «Allard» المجموعة ص ٣٢٧ وفى ٢٥ مارس سنة ١٩٤٩ فى قضية
«Sté des pêcheries Fecamp et Ste J. Huret» المجموعة ص ١٥٠ .
(٢) حكم التنازع الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٣٠ فى قضية «Bayer et Jullian»
دالوز سنة ١٩٣١ القسم الثالث ص ٣٣ ، حيث اعتبرت الاتفاق مدنيا رغم احتوائه
رغم احتوائه على عناصر ضئيلة من الأشغال العامة .

على أنه بالرغم من المبدأ السابق ، فإن الفصل في الاتفاق المركب - بل وحتى في نطاق العقد الواحد - بين الجوانب الادارية والمدنية متعين في بعض الحالات ، كنتيجة لاعمال قواعد الاختصاص - ومرد ذلك الى الأحكام المنظمة لفكرة المسائل الأولية «La théorie générale des questions prejudicielles» فالمسلم به في القضاء الفرنسى أنه اذا علق الفصل في موضوع النزاع على مسألة أولية تدخل في اختصاص جهة أخرى فانه يمتنع الرجوع الى تلك الجهة للحصول على حكم منها فى المسألة الأولية قبل التصدى للموضوع - وعلى هذا الأساس يجرى القضاء الادارى فى فرنسا على أن حسم المنازعات المتعلقة بالملكية والتي تثار عند التصدى للفصل فى المنازعات الخاصة بمقدادارى ، انما هو من اختصاص القضاء المدنى^(١) . كما أن تقدير مشروعية القرارات الادارية التى يثيرها النزاع بمناسبة عقد من عقود القانون الخاص أمام المحاكم القضائية ، هو من المسائل الأولية التى يمتنع الاحالة فيه الى القضاء الادارى قبل الفصل فى الموضوع^(٢) .

وسوف نعود الى تفصيل هذا الموضوع فيما بعد

(١) حكم النقض المدنى الصادر فى ٢٠ مايو سنة ١٩٤١ فى قضية «Cous. Trubert»
دالوز سنة ١٩٤١ ص ٢٥٨ .

(٢) حكم مجلس الدولة الصادر فى ٢ أغسطس سنة ١٩٢٠ فى قضية «Ville de Rennes»
المجموعة ص ٢٩٩ .

وحكم الدوائر المجتمعة بمحكمة النقض فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ فى قضية
«Sec. merid des vins» دالوز سنة ١٩٣١ ، القسم الأول ص ٨٥ مع تعليق
فالين .

البَابُ الثَّالِثُ

التعريف بأهم العقود الادارية

يمكن تقسيم العقود الادارية على النمط المعروف فى القانون الخاص : فمنها ما يرتب التزامات فى جانب كل من الطرفين المتعاقدين «Les contrats synallagmatiques»

وهذا هو الأصل فى العقود الادارية ، كما هو الشأن فى عقود القانون الخاص . ومنها ما يرتب التزامات فى جانب واحد «C. unilateraux» وسنرى أن ثمة عقودا ادارية من هذا القبيل .

ومن عقود الادارة ما يؤدى الى افادة كل مع الطرفين المتعاقدين «C. à titre onéreux» وهذا هو الغالب . ومنها ما يؤدى الى افادة طرف واحد «C. à titre gratuits» ثم ان بعض عقود الادارة فورى التنفيذ «C. à exécution instantanée» ولكن معظمها منجم التنفيذ «C. à exécution successive»

وأخيرا فهناك العقود الادارية المسماة «C. nommés» التى لها نظام قانونى خاص معروف مقدما . والعقود الادارية غير المسماة ، التى تبرمها الادارة على خلاف المألوف كلما تطلبت ذلك مقتضيات سير المرافق العامة .

ومعظم التقسيمات السابقة ليست لها أهمية خاصة فيما يتعلق بالنظرية العامة للعقود الادارية ، ولهذا نكتفى بالتعريف بأهم العقود الادارية التى تبرمها الادارة ، سواء أكانت مسماة أم غير مسماة .

الفصل الأول

عقد امتياز المرافق العامة

١ - عقد امتياز (أو التزام) المرافق العامة «La concession des services publics» هو أشهر العقود الادارية المسماة ، ولعله أهمها أيضا ، على الأقل فى الدول غير الاشتراكية .

ويمكن تعريفه بأنه عقد ادارى يتولى الملتزم - فردا كان أو شركة - بمقتضاء وعلى مسئوليته ، ادارة مرفق عام اقتصادى واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين ، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التى تضمنها الادارة عقد الامتياز .

وهذا وقد عرفته محكمة القضاء الادارى المصرية فى حكمها الصادر فى ٢٥ مارس سنة ١٩٥٦ بقولها : « .. ان التزام المرافق العامة ليس الا عقدا اداريا يتمتع أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاء بالقيام على نفقته وتحت مسئوليته المالية بتكليف من الدولة أو احدى وحداتها الادارية ، وطبقا للشروط التى توضع له ، بأداء خدمة عامة للججمهور ، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح . فالالتزام عقد ادارى ذو طبيعة خاصة ، وموضوعه ادارة مرفق عام ، ولا يكون الا لمدة محدودة . ويتحمل الملتزم بنفقات المشروع وأخطاره المالية ، ويتقاضى عوضا فى شكل رسوم يحصلها من المنتفعين^(١) » .

(١) السنة العاشرة ص ٢٥٩ . وعرفه مشروع التقنين الاول كما يلى : « الالتزام بمرفق عام » الامتياز « هو العقد الذى تبرمه جهة الادارة المختصة مع فرد أو شركة يقصد ادارة مرفق عام ذو صيغة اقتصادية لمدة معينة مقابل جعل يتقاضاه المتعاقد من المنتفعين بالمرفق » (مادة ٦٨) وعرفه قسم الرأى فى فتواه رقم ٣٦٩ فى ١٩٤٩/١٢/١٦ بأنه « عقد يتمتع بمقتضاء شخص بأن يقوم على حسابه وعلى مسئوليته بادارة مرفق عام متحملا مخاطره وما تتطلبه ادارة هذا المرفق من اشغال عمومية اذا =

٢ - ويمتاز عقد التزام المرافق العامة على الراجع فقها وقضاء بأنه يحتوى على نوعين من الشروط :

شروط تعاقدية «*clauses contractuelles*» تحكمها قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، وهى الشروط التى لا تمتد الى كيفية أداء الخدمة للمنتفعين والتى يمكن الاستغناء عنها لو أن الادارة تولت استغلال المرفق بنفسها . وشروط لائحية «*C. réglementaires*» تملك الادارة تعديلها فى كل وقت وفقا لحاجة المرفق العام موضع الاستغلال ، وهى التى تبين كيفية أداء الخدمة للمنتفعين . ومرجع ذلك - كما تقول محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٤٨٥ ورقم ١٣٦٧ السنة ٧ قضائية) - الى أن الدولة « ٠٠ وهى المكلفة أصلا بإدارة المرافق العامة ، فانها اذا عهدت الى غيرها أمر القيام بها ، لم يخرج الملتزم فى ادارته عن أن يكون معاونا لها ، ونائبا عنها فى أمر هو أخص خصائصها » . وهذا النوع من الانابة - أو بمباراة أخرى هذه الطريقة غير المباشرة لإدارة المرفق العام - لا تعتبر تنازلا أو تخليا من الدولة عن المرفق العام بل تظل ضامنة ومسئولة قبل أفراد الشعب عن ادارته واستغلاله ، وهى فى سبيل القيام بهذا الواجب تتدخل فى شئون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامة هذا التدخل « ٠٠٠ ولذلك فان عقد الالتزام ينشئ فى أهم شقية مركزا لائحيا يتضمن تخويل الملتزم حقوقا مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله » . وهذا المركز اللائحي الذى ينشئ الالتزام والذى يتصل بالمرفق العام هو الذى يسود العملية بأسرها .

أما المركز التعاقدى فيعتبر تابعا له ، وليس من شأنه أن يحول دون صدور نصوص لائحية جديدة تمس الالتزام « ٠٠٠ وأنه ولو أن الشروط اللائحية تتقرر باتفاق يبرم بين السلطة مانعة الالتزام

= لزم الأمر ، ويمتنع فى سبيل ذلك مؤقتا بعض السلطة العامة ، وذلك مقابل جعل يؤديه الى جهة الادارة ما يحصله من أجور من الجمهور نظير استعمالهم للمرفق ، مجموعة الأستاذ سمير أبو شاذى ص ٩٧ .

والملتزم الا أن هذا الاتفاق ليس عقدا ، ولا يترتب عليه التزامات دائنية ومديونية ، بل هو يقرر قاعدة تنشئ مركزا قانونيا أو لائحية ، فان حق الدولة فى تعديل هذا المركز بإرادتها المنفردة من الأمور التى تخرج عن نطاق المبدل^(١) « . » .

وتؤكد المحكمة الادارية العليا ذات التكييف فى أحكامها باستمرار ، ومن ذلك على سبيل المثال حكمها الصادر فى ١٩٧٧/١٢/٣٠ (قضية رقم ١١٠ ، السنة القضائية ١٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، مبدأ رقم ٢٣ ، ص ٢٧) حيث تقول : « ومن حيث أن المسلم به فقهاء وقضاء أن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم الى نوعين : شروط لائحية ، وشروط تماقدية . والشروط اللائحية فقط هى التى يملك مانع الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة فى أى وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة ، دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم . والمسلم به أن التمريرة أو خطوط السير وما يتعلق بهما ، من الشروط اللائحية القابلة للتعديل بإرادة مانع الالتزام المنفردة « . » .

(١) كما أن فتاوى القسم الاستشارى تأخذ بذات التكييف . ومن ذلك على سبيل المثال فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى رقم ٩٢ فى ١٩٥٦/٢/٤ (مجموعة الأستاذ سمير أبو شادى - ص ٥٣) وقد جاء فيها : « من المسلم فقهاء وقضاء أن مانع الالتزام يملك بإرادته المنفردة تعديل الشروط اللائحية لمعد الالتزام فى أى وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة ، دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم . » وحق تعديل الشروط اللائحية مستمد من طبيعة موضوع العقد ، وهو المرفق العام ، إذ القاعدة الأساسية أن السلطة العامة هى صاحبة الكلمة العليا فى تنظيم وإدارة المرافق العامة لتعمل ذلك بالصالح العام . فإذا تغيرت الظروف ، وأصبح نظام المرفق الذى تقرر وقت التصاقد لا يتفق مع الظروف الجديدة ، ولا يحق المنفعة العامة التى أنشئ لتحقيقها ، كان للسلطة العامة مانعة الالتزام أن تغير هذا النظام ، وأن تفرض على الملتزم بمضى سلطتها النظام الذى تراه أدنى الى تحقيق المصلحة العامة . كما أنه من المسلم أن التمريرة والشروط المتعلقة بها من الشروط اللائحية القابلة للتعديل بإرادة الإدارة المنفردة ، وأنها تظل عملا من جانب واحد ولو كان تعديلها بناء على طلب الملتزم أو مترتباً على اتفاق أو مفاوضة معه « . » .

وراجع أيضاً فتاواها فى ١٩٥٤/١١/٤ (رقم ٤١٤) ذات المجموعة السابقة ، ص ٥٤ .

ولصلة عقد الامتياز الشديدة بالمرافق العامة ، فانه يعتبر عقدا اداريا باستمرار . ومن ثم كان أول العقود التي نص المشرع على اختصاص محكمة القضاء الادارى المصرية بالنظر فى المنازعات المتعلقة بها .

٣ - ولقد كان هذا العقد من أكثر العقود التى ثارت بشأنها منازعات بين الادارة والأفراد ، وأعلنت المحاكم القضائية - لاسيما المختلطة - بخصوصه مبدأ وجود عقود ادارية متميزة عن عقود القانون الخاص ، لصلتها الوثيقة بالمرافق العامة . ومن أوضح الأمثلة على ذلك حكم محكمة القاهرة المختلطة الصادرة فى ٢ أبريل سنة ١٩١٧ والذى جاء به « أن الامتياز عقد من عقود القانون العام *Constitue un contrat de droit public* »^(١) ولكن رغم هذه الحقيقة فقد بقيت الصيغة المدنية غالبية على أحكامه مما اضطر المشرع - كما ذكرنا - الى أن ينظمه بأحكام خاصة بمقتضى القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة (المعدل بمقتضى القانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ ورقم ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥ و ١٨٥ لسنة ١٩٥٨) والذى أخذ بالمبادئ الأساسية المنظمة للعقود الادارية^(٢) .

ولما كانت الادارة قد منحت عقود امتياز كثيرة قبل صدور القانون السابق ، فان المادة الثامنة منه قد نصت على سريان أحكامه من وقت صدوره على الالتزامات السابقة قطعاً لداير كل تفسير عكسى ، لأن الأحكام التى جاء بها هذا القانون - كما تقول مذكرته الايضاحية - « . . مستقلة عن شروط عقود الالتزام وواجبة التطبيق ولو لم ينص عليها فى وثيقة الالتزام ، بل ولو نص على شروط تماقدية تغالفها ،

(١) (Gaz. VII, 105-307)

(٢) اعترفت المذكرة الايضاحية للقانون المشار اليه بهذه الاعتبارات حيث تقول : « وقد كان عقد التزام المرافق العامة ولو أنه من العقود الادارية ، معتبراً فيما مضى عقداً مدنياً أو تجارياً وكان لكل الشروط الواردة فيه صبغة التعاقد ، فهى بذلك المثابة قانون التعاقدين . . . فاصبح ذلك العقد بحسب أحكام مجلس الدولة الفرنسى وأرام الفقهاء الفرنسيين من شئون القانون الادارى ، وأصبحت لمضى المرافق العامة الفئزلة الأولى ، وبدأ الملتزم معاونا للادارة فى عمل له أوثق الصلات بالمصلحة العامة » .

اذ الأمر فيها يتعلق بمبادئ تملو على الاتفاقات التى تعتبر قانونا للمتعاقدين ، فيجب اذن أن يعمل بها من تاريخ نشرها فى كل التزام مهما يكن تاريخ منحه » .

ولكن المادة الثامنة ، بعد أن وضعت الحكم السابق ، استطردت قائلة : « وذلك مع عدم الاخلال بأحكام أى اتفاق صدر بقانون سابق على هذا القانون » . وقد فسرت محكمة القضاء الادارى هذه الفقرة فى ضوء الأعمال التحضيرية للقانون بقولها : « ... ومن حيث أنه يبين مما تقدم أن الاستثناء الذى قصده المشرع بالفقرة الأخيرة من المادة الثامنة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ إنما تقرر لحماية أسهم التمتع الخاصة بشركة مياه القاهرة للأسباب التى أفصحت عنها المناقشات البرلمانية قبل اصدار التشريع ، ومن ثم فإن المادة المذكورة ينسحب أثرها على جميع مواد القانون بحيث تسرى أحكامه من وقت صدوره ، وبأثر حال مباشر ، على جميع الالتزامات السابقة .. وأن تحاسب الشركات التى تقوم باستغلال المرافق العامة على مقتضى المادة الثالثة - الخاصة بتعديد نسبة الربح - من القانون من وقت صدوره ، الا اذا كانت فى مركز يماثل شركة مياه القاهرة من حيث وجود أسهم تمتع فيحكمها فى هذا الشأن الاتفاق الصادر بقانون سابق على القانون المذكور^(١) » .

ولن نعرض هنا للأحكام التى جاء بها القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ تفصيليا ، لأنها لا تمدو أن تكون تطبيقا للنظرية العامة فى العقود الادارية . ومن ثم فسوف نشير إليها فى موضعها كتطبيق تشريعى لتلك النظرية . ونكتفى هنا بأن نبرز الجوانب التى ينفرد بها عقد الالتزام .

٤ - وترجع أهمية عقد الامتياز الى كونه - كما ذكرنا - يخول فردا عاديا أو شركة الحلول محل السلطات العامة فى ادارة مرفق عام

(١) حكمها فى يناير سنة ١٩٥٧ فى القضية رقم ٤٨٥ و ١٣٦٧ لسنة ٧ قضائية وقد سبقت الاشارة اليه .

واستغلاله . وغالبا ما يكون ذلك عن طريق الاحتكار القانوني أو الفعلي مما استوجب اخضاع الملتزم في ادارة المشروع واستغلاله ، لكافة القواعد الضابطة لسير المرافق العامة . كما أن هذا الاعتبار أدى الى تنظيم نوع من الرقابة على الادارة ذاتها في منحها الالتزامات بادارة واستغلال المرافق العامة من الناحية الأخرى ، لأن بعض شركات الامتياز القوية ، لا سيما اذا ما تغفل فيها العنصر الأجنبي ، تمثل خطرا حقيقيا على مصالح الدولة ، بل وعلى سيادتها . ومن ثم فقد تضمن دستور سنة ١٩٢٣ نصا صريحا في المادة ١٣٧ منه على أن « كل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور وكل احتكار ، لا يجوز منحه الا بقانون والى زمن محدود . » وقد انتهى الرأى فى تفسير تلك المادة الى ضرورة اصدار قانون خاص بمنح كل التزام على حدة .

وقد اعتمدت محكمة القضاء الادارى المصرية هذا الرأى فى حكمها الصادر فى ٢٤ يونية سنة ١٩٥٦ حيث تقول ، بعد أن استعرضت الخلاف الذى دار حول تفسير المادة ١٣٧ السابقة : « ... وانتهى البرلمان بمجلسيه الى اقرار الرأى القائل بوجوب اصدار قانون خاص فى كل حالة يراد فيها منح التزام بمرفق عام . » وعلى مقتضى ذلك لا يجوز منح التزام فى الأحوال المشار اليها فى المادة ١٣٧ سالفة الذكر الا بقانون ، وليس من حق الادارة ولا فى سلطاتها أن تبرم عقدا يختص البرلمان بإبرامه بقانون ، ولو تم تعاقد كهذا ، فإنه يقع باطلا لمخالفته للدستور ، ولصدوره من جهة غير مختصة فلا يترتب عليه أثر ولا يكسب حقا^(١) . »

(١) السنة العاشرة ص ٣٦٥ . وفى موضوع الدعوى انتهت المحكمة الى أن المرسوم بقانون الصادر فى ١٩٢٦/٤/٢١ بخصوص صيد الاسفنج الذى ينص على منح التزام حق صيد الاسفنج فى المياه المصرية بقرار من مجلس الوزراء وفى حالة طرحه فى مناقصة عامة بقرار من وزير المالية لم يخالف الدستور ، لأن المشرع « ... عندما أصدر المرسوم بقانون سالف الذكر ... كان متأثرا بفكرة أن استغلال منابت الاسفنج فى المياه المصرية لم يبلغ من الأهمية والخطر ما يجعله فى مستوى المورد الطبيعي للثروة القومية . » ويبدو أن الواقع من الأمر وظروف الحال وقتئذ كانت تبرر هذا النظر ، إذ يبين من الرجوع الى مذكرة الحكومة عن استغلال مصائد الاسفنج أن « (م - ٨ العقود الادارية)

وبالرغم من سقوط دستور سنة ١٩٢٣ ، ومن أن مجلس الوزراء قد جمع بين يديه السلطتين التشريعية والتنفيذية خلال فترة الانتقال وفقا للدستور المؤقت الأول فقد استمر العمل على منح الامتياز بمقتضى قانون خاص فى كل حالة على حدة • بل وأفتت الجمعية العمومية لقسم الرأى فى ٢٨ - ١١ - ١٩٥٤ (فتاوها رقم ٩٤٤ ، مجموعة الأستاذ أبو شادى ، ص ٤٦) بأنه ، ولو أن الدستور المؤقت الصادر فى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٣ قد خلا من النصوص المنظمة لكيفية منح الالتزام باستعمال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، فانه « ••• باستقراء أحكام الدساتير المقارنة •• يبين أن هناك عرفا دستوريا مستقرا يقضى بقيام نوع من الرقابة البرلمانية على السلطة التنفيذية فى خصوص منح التزامات المرافق العامة أو استغلال موارد الثروة الطبيعية • غير أن هذه الرقابة ليست مطلقة ، بل تقتصر على المرافق القومية الرئيسية والموارد الطبيعية العامة » •

هذا وبالرجوع الى دساتير مصر الصادرة فى سنة ١٩٥٦ ، وفى سنة ١٩٦٤ ، وفى سنة ١٩٧١ نجد أنها تنص على ما يلى :

(أولا) دستور سنة ١٩٥٦ :

= استغلال منابت الاسفنج كان الى ما بعد صدور المرسوم بقانون السابق الاشارة اليه بما يزيد عن ١٤ سنة ، يجرى فى نطاق ضيق ولادة قصيرة ، وبصورة فردية تتمثل فى رخص محدودة العدد لا تتجاوز ١٥ رخصة فى السنة يقف متوسط حصيلتها السنوية عند حدود ثلاثة آلاف جنيه مما لا يصح معه أن يوصف بأنه ثروة قومية • يضاف الى هذا أنه ليس متعيّنا أن يكون كل طبيعى للدولة موردا من موارد ثروتها القومية ، فيكون منح التزام استغلال بقانون • وتأسيسا على ما تقدم ، وامعلا لأحكام المرسوم بقانون الصادر فى ٣١ من أبريل سنة ١٩٢٦ بما يوائم حكم المادة ١٢٧ من دستور سنة ١٩٢٣ ، يكون منح استغلال الاسفنج بواسطة السلطة التنفيذية ووفقا للأوضاع المقررة فى المرسوم بقانون المذكور فى الصورة التى لا يعتبر فيها هذا المرفق من موارد الثروة الطبيعية فى البلاد - اما حيشا يتحقق فيه هذا الوصف بدلالة الواقع من الأمر أو بدلات أخرى تنبئ عن ذلك ، كان يكون الاستغلال على نطاق واسع منظم ولدى غير قصيرة ، والشروط والأوضاع التى تتضمنها إعادة عقود الالتزام ، فان منح الاستغلال بطريق الالتزام يجب أن يكون بقانون •

وسنرى كيف عالج الدستور الجديد صعوبة منح الالتزام بقانون فى تلك الحالات ، تلك الصعوبة التى دقمت المحكمة الى اعتناق هذا التفسير الذى قد لا يتفق مع حرفية نص المادة ١٢٧ من دستور سنة ١٩٢٣ •

نظم هذا الموضوع في المادتين ٩٨ و ٩٩ منه على النحو التالي :

مادة ٩٨ : « ينظم القانون القواعد والاجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة » .

مادة ٩٩ : « لا يجوز منح احتكار الا بقانون والى زمن محدد » .
وبمقتضى هذين النصين ، نجد أن المشرع الدستوري قد فرق بين حالتين :

حالة كون الالتزام المراد منحه يتضمن احتكارا ، وحينئذ لا يمكن منحه الا بقانون فى كل حالة على حدة كما كان الشأن فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ . وعندنا أنه يجب التسوية فى هذا الخصوص بين الاحتكارات القانونية والاحتكارات الفعلية .

والحالة الثانية : ألا يتضمن الامتياز احتكارا ، وهنا قد أحال الدستور الى قانون عام يصدر مبينا كيفية منح الامتيازات باستغلال الموارد الطبيعية والمرافق العامة . ويكون منح الامتياز فى هذه الحالة بقرار ادارى امتنادا الى القانون السابق^(١) .

(١) هذا المسلك هو الذى انتهت اليه لجنة المرحوم على ماهر فى مشروعها ، فقد جاء فيه بهذا الخصوص :

« كل التزام باستغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق العامة يجب أن يكون لزمان محدود ، وأن تجرى فى شأنه علنية تامة فى الاجراءات التمهيدية والمواصفات ومقوماتها فى جميع المراحل كفالة للمنافسة المشروعة والاعتراض الجدى فى أوقات معروفة » .

ويصدر بمنح الالتزام أو تجديده أو الفائه مرسوم بموافقة المجلس المختص ، ويبين فى المرسوم استيفاء اجراءات العلنية التامة ، واقساح المجال للمنافسة والاعتراض . وكل ذلك على الوجه المبين بالقانون .

كل احتكار ذى صبغة عامة لا يجوز منحه الا بقانون والى زمن محدود .
« كل احتكار أو التزام بمرفق محلى يتولاه المجلس المختص ، وتتولى الهيئات كذلك شئون المعاجر ومنح الرخص الخاصة باستغلالها وتجديدها والفائها » .
وكل ذلك على الوجه المبين بالقانون .
وكل هذه التوجيهات جدية بالاعتبار .

ويحمد لهذا الاتجاه الجديد تبسيط الاجراءات والابتماد على البطء الذى يقتضيه استصدار قانون بخصوص كل امتياز على حدة .

هذا وقد نص الدستور المؤقت (دستور سنة ١٩٥٨) فى المادة ٣٠ منه على أنه « لا يجوز منح احتكار الا بقانون ، والى زمن محدود » . ولم تكن هذه المادة الا مجرد ترديد للمادة ٩٩ من دستور سنة ١٩٥٦ . وفى ظل هذا الدستور المؤقت - الذى لم يكن الا مجرد امتداد لدستور سنة ١٩٥٦ - صدر القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ ، ونص فى المادة الأولى منه على أنه : « يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، وكذلك أى تعديل فى شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الاتاوة (المائدات) بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة . ويكون تعديل ما عدا ذلك من انشروط بقرار من الوزير المختص » . ولقد أضاف المشرع فقرة ثالثة الى القانون المشار اليه - بمقتضى القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٦٠ - نصها كما يلى : « على أنه بالنسبة الى موارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيور التابعة لوزارة الحربية ، يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمارها وتعديل شروطها بقرار من وزير الحربية اذا لم تجاوز مدة الامتياز خمس سنوات » . وقد جاء فى المذكرة الايضاحية لهذا القانون الأخير أن اعمال حكم القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ على اطلاقه بالنسبة الى موارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيور ، سيؤدى الى عدم امكان تأجيرها فى الوقت المناسب لأن المناطق التابعة لوزارة الحربية « تزيد على مائة وخمسين منطقة يتراوح ايجارها السنوى بين ثلاثة جنيهاً وعشرين ألف جنية » ومنها ما يؤجر موسمياً لبضعة أشهر . لذلك رأى تيسيراً لاستغلال هذه المناطق ، تعديل القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ بحيث يكون منح امتيازها بقرار من وزير الحربية اذا لم تجاوز مدة الامتياز خمس سنوات » . وكان القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ (معدلاً) يعتبر مكملاً للمادة ٣٠ من الدستور المؤقت (دستور سنة ١٩٥٨) وبمقتضاها معا يتمين منح

الاحتكارات بقانون ، ومنح الامتيازات التي لا تتضمن احتكارا ،
بقرارات جمهورية بشرط موافقة مجلس الأمة مقدما .

(ثانيا) دستورا سنة ١٩٦٤ وسنة ١٩٧١ : لم يرد بخصوص
هذا الموضوع فى دستور سنة ١٩٦٤ الا نص المادة ٧٤ والتي تقول :
« ينظم القانون القواعد والاجراءات الخاصة بمنح الالتزامات
المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة . كما يبين
أحوال التصرف بالمجان فى المقارنات المملوكة للدولة ، والنزول عن
أموالها المنقولة ، والقواعد والاجراءات المنظمة لذلك » .

وقد أعيد النص على هذه المادة بذات صياغتها السابقة فى دستور
مصر الحالى ، الصادر سنة ١٩٧١ تحت رقم ١٢٣ . ومن ثم فان
الحكم الذى استحدثه دستور سنة ١٩٦٤ ما يزال ساريا فى ظل
الدستور الجديد .

وأول ما يلاحظ بخصوص هذه المادة أنها أهملت التمييز بين
الامتيازات التى تنطوى على احتكار وبين غيرها من الامتيازات ، مع
أن هذا التمييز جوهري ، ولعلها تركت معالجة هذا التمييز للتشريع
المقترح والذى لم يصدر بعد . ويطبق القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨
فى ظل أحكام الدستور الجديد .

هذا وقد صيغ نص المادة ٦٩ من مشروع تقنين المفقود الادارية^(١)
على النحو التالى : « يكون منح الالتزام بمرفق عام بقانون اذا تضمن
احتكارا قانونيا أو فعليا . وفى غير ذلك من الأحوال يكون منح
الالتزام بمرفق قومى بقرار من رئيس الجمهورية . أما الالتزامات
بمرافق عامة محلية فيكون منحها من الجهة الادارية المختصة وفقا
للقانون » وهذا المشروع يأخذ بالقول الأرجح فى هذا الصدد ، وان
كان قد تحدث عن التزامات المرافق العامة ، دون الالتزامات التى
يكون موضوعها استغلال مورد مع موارد الثروة الطبيعية ، وحكمهما
واحد .

(١) وهو ما لم يصدر بعد رغم اعداده منذ فترة طويلة .

وهكذا يكون منح التزامات المرافق العامة واستغلال موارد الثروة الطبيعية خاضعا فى الوقت الحاضر للمادة ١٢٣ من الدستور ، والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ . أما لأحكام الموضوعية للامتياز فيرجع بخصوصها الى القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ (المعدل) .

وفى الحالات التى كان يتعين فيها أن يمنح عقد الامتياز بقانون - فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ وعلى التفصيل السابق - فقد جرى مجلس الدولة المصرى - سواء فى الفتوى أو القضاء - على أن القانون الخاص والصادر بمنح الالتزام يجب أن يصدر فى حدود القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ . وهذا هو الواضح من فتوى قسم الرأى مجتما رقم ٣٣٠ الصادر فى ٢١ مايو سنة ١٩٥١ والتى جاء فيها : « .. على أن الدستور المصرى قد منح السلطة التشريعية اختصاصا فى بعض الأعمال الادارية لمقد قرض ومنح الالتزام فى استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية ومنح التزامات المرافق العامة وإنشاء الخطوط الحديدية والطرق المماثلة أو إبطالها والتصرف المجانى فى أملاك الدولة ، فكل هذه الأعمال أعمال ادارية تقوم بها السلطة التشريعية كنوع من الوصاية على السلطة التنفيذية . وهذه الأعمال ليست قوانين من حيث الموضوع ، وإن كانت تأخذ شكل القانون ، لأن المرف جرى على أن السلطة التشريعية تفصح عن إرادتها فى شكل قانون . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن يخالف هذا العمل الادارى أحكام القانون . وإن كانت السلطة التى تصدرهما واحدة ، اذ من القواعد المقررة فى القانون العام أن السلطة التى تضع قاعدة عامة لا تملك مخالفتها بأعمال فردية ، وإن كانت تملك تعديلها بقاعدة عامة أخرى » (١) .

(١) مجموعة فتاوى المجلس ، الستان ٤ و ٥ ص ٩٦ . وبذات المعنى الفتوى رقم ١٠٤٥ الصادرة فى ١٩٥٢/٦/٢٦ مجموعة الفتاوى ، السنة ٦ و ٧ ص ٦ . ومن قبل ذلك صدر حكم محكمة القضاء الادارى فى أول ديسمبر سنة ١٩٤٨ (السنة الثالثة ص ١٠٦) وقد جاء فيه بصدده الأعمال الصادرة من البرلمان : « ان أعمال البرلمان تنقسم الى أربعة أقسام : القسم الأول يشمل الأعمال التشريعية المحضة الخاصة بتقرير القوانين ، والقسم الثانى يشمل بعض تصرفات أوجب الدستور عرضها على البرلمان للموافقة عليها ، أما لأهميتها الخاصة وأما لتأثيرها على أموال الدولة أو =

هذا ويلاحظ أن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ قد جاء خالياً من الأحكام المتعلقة بكيفية إبرام عقود الامتياز ، واقتصر على سرد الأحكام الرئيسية المتعلقة بتنفيذها .

٥ - ومن أهم المسائل التي نظمها القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ، تحديد مدة عقد الامتياز ، اذ وضعت المادة الأولى منه حداً أقصى لعقود الامتياز هو ثلاثون عاماً ، ففرض المشرع بذلك على التقليد القديم الذي كانت تمنح بمقتضاه الامتيازات لمدة ٩٩ عاماً ، لأنه كما تقول المذكرة الايضاحية للقانون « . . لم يمد من المقبول ازام ما نشهده من التطور السريع في المسائل الاقتصادية والاجتماعية أن تمنح الالتزامات لما يقرب من قرن . والحق أنه اذا ما حدد للالتزام مدة ثلاثين عاماً كفل ذلك للملتزم الانتفاع به للمدة الكافية لاستهلاك ما قام به من نفقات الانشاء . . » ولا تسرى المدة الجديدة على الالتزامات الماضية فحسب ، بل تسرى على الباقي من مدد الالتزامات القديمة ، فلا تمتد لأكثر من ثلاثين عاماً .

وشرط المسدة هذا مما يميز عقد الالتزام عن غيره من العقود المشابهة . وقد استندت اليه المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في ١٧ يناير سنة ١٩٧٠ (س ١٥ ، ص ١٤٠) للتمييز بين عقد الامتياز ، والترخيص باستغلال مرفق عام ، فقد استمرضت المحكمة أحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ (المعدل) والتي توضح بجملام أن التزام (أو امتياز) المرفق العام انما يكون لمدة طويلة ، وأوضحت أن أحكام الالتزام الواردة في القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ لا يمكن

= لمسائها بالمصالح العامة ، والقسم الثالث يشمل الأعمال المتعلقة بالنظام الداخلي لكل مجلس وبحقوق الأعضاء وواجباتهم ومكافاتهم وفصلهم وبالحفاظة على النظام داخل كل مجلس ، والقسم الرابع يشمل تصرفات كل مجلس في رقابته السلطة التنفيذية ، وباستبعاد القسم الأول ، الذي يشمل التثريعات الحقيقية وفقاً لطبيعتها الذاتية ، استعطف المجلس قائلا : « وجميع القرارات المبينة في هذه الأنواع الثلاثة تصدر من البرلمان في شكل قوانين تختلف عن القوانين التشريعية في طبيعتها والغرض منها . وهو تطبيق القوانين التشريعية العامة القائمة ، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للبرلمان عند إصدارها مجانية قانون قائم فعلاً ، على عكس الحال في القوانين التشريعية ، فانه يجوز للبرلمان عند إقرارها مغالفة أحكام قانون سابق . »

تطبيقها على التراخيص باستغلال بعض المرافق العامة » ٠٠ لأنها مؤقتة بطبيعتها ، وتمنح لأجال قصيرة ، وغير قابلة للتجديد ، ويحق لجهة الادارة مانحة الترخيص الفساؤها فى أى وقت طبقا لصريح نصوصها ، ومن ثم فلا تسرى عليها أحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ لأنها مقصورة على عقود التزام المرافق العامة دون غيرها » .
وقد رتب المحكمة على هذا التمييز نتيجة هامة ، سوف نشير اليها فى الفقرة التالية .

ثم ان القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ وضع حدا أعلى لمقدار الربح الذى يمكن أن يحصل عليه الملتزم ، وقدره ١٠٪ من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام ، وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال ، مع تغويل الملتزم تكوين احتياطي فى حدود معينة للسنوات التى لا يصل فيها الربح الى الحد السابق . وبررت المذكرة الايضاحية ذلك بقولها « ويجب أن يكون هذا المبلغ (ال ١٠٪) الحد الطبيعى لجزاء الملتزم اذ لا يجوز أن يطمع - كما هو الحال - فى المشروعات الصناعية أو التجارية فى أرباح غير محدودة ، فان استغلال المرفق العام ليست له صفة المضاربة التى تكون لمثل تلك المشروعات حيث يجب أن يقابل أخطارها الكبرى الأمل فى أرباح لا تكون دون تلك الأخطار كبيرا وقدرها » . والحق أن الملتزم يتمتع بمركز ممتاز ، فان له غالبا احتكارا بحكم القانون أو الواقع يقويه المنافسة ... ومن جانب آخر فان نظرية الظروف الطارئة غير المتوقعة التى تقرها المادة الخامسة من المشروع تجعل الملتزم بمنجاة من الأخطار الكبرى التى تنتج عن حوادث لم يكن يستطيع توقعها والتى تجعل استغلال التزام المرفق العام يعود عليه الخسارة ^(١) » .
ولا شك فى سلامة الاعتبارات التى أوردتها المذكرة .

(١) واستطردت المذكرة فى هذا الخصوص تقول : « ... وأخيرا فقد استقر الرأى فى السنوات الأخيرة على وجه الخصوص فى الفقه الفرنسى على أن ما فى التزام المرافق العامة من صفة المصلحة العامة وماله من وثيق الاتصال بها لا يسمح للملتزم أن يجنى من استغلالها أرباحا باهظة يقع ضررها على الأخص على المتضمنين بها . ويستند المشروع فى تحديد حصة الملتزم الأصلية بمشرفة فى المائة الى التشريع =

وقد رتبت المحكمة الادارية العليا على التمييز المشار اليه في الفقرة السابقة - بين امتياز المرفق العام ، والترخيص باستغلال المرفق العام - أنه لا يحق للادارة مطالبة المستغل للمرفق العام في الحالة الثانية برد ما زاد من الأرباح عن ١٠٪ لأن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الذي تضمن هذا الحكم « ٠٠ يفترض أن الالتزام لا يمنع الا لمدة طويلة نسبيا تعد بالسنوات ، ذلك لأن الفقرة الأولى (من المادة الثالثة من القانون) نصت على ألا تحسب نسبة الربح الا بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال ، وقضت الفقرة الثانية بأن ما زاد من الأرباح عن تلك النسبة تستخدم في تكوين احتياطي للسنوات التي تقل نسبة الربح عن ١٠٪ ٠٠ وليس مع شك في أن هذه الأحكام كلها مستحيلة التطبيق على التراخيص التي قد تمنح لاستغلال بعض المرافق العامة ، لأنها مؤقتة بطبيعتها ، وتمنح لأجال قصيرة » . (الفقرة السابقة)

٦ - ويلاحظ أخيرا أن بعض الأحكام الخاصة بمقد الامتياز ، قد وردت في القانون المدني في المواد من ٦٦٨ الى ٦٧٢ منه ٠ وهذه الحالة من بقايا مظاهر طغيان القانون المدني على بعض المواد الادارية ، فبالرغم من أن الأعمال التحضيرية للقانون المدني قد قطعت بأن « ٠٠٠ تنظيم المقاولات المتعلقة بالمرافق العامة يرتبط ، علاوة على التقنين المدني بالتقنين الاداري » فانها استطردت تقول : « والمشروع لا يتمرض بداهة الا للناحية المدنية من هذه المقاولات ٠ والمبادئ التي يقررها في هذا الصدد ليست سوى تأكيد للاتجاهات التي بدت في القضاء المصري الذي حاول بقدر الامكان عن طريق الرجوع الى القواعد العامة ، سد الفراغ الموجود في التقنين الحالي (السابق على صدور القانون المدني الجديد) ٠ كذلك يحرص المشروع على ألا يقرر سوى الأحكام التي يمكن أن تنسجم مع التقنين الاداري المصري ٠٠ » .

= البريطاني ، ففي بريطانيا قوانين قديمة عن الالتزام الخاص بتوزيع الماء والانتارة بالغاز ، تنص على أنه لا يجوز أن تتجاوز أرباح الملتزم النسبة المحددة في وثيقة الالتزام وهي عادة ١٠٪ من رأس المال الموظف ، فإذا لم تذكر نسبة فانها تكون عشرة في المائة ٠

وواضح الخلط في هذه المقدمات ، فبينما يقرر المشروع أنه لن يتناول إلا الناحية المدنية في عقود الامتياز ، إذ به يسلم من ناحية أخرى أن الأحكام التي أوردها قد صاغها على الأسس الادارية . ولهذا ، فعندما عرض المشروع على مجلس الشيوخ ، اقترح بعضهم بحق « ٠٠ حذف المواد من ٦٦٨ الى ٦٧٣ وهي الخاصة بالتزام المرافق العامة لأن محلها الطبيعي القانون الادارى ولأن من المتوقع أن تكون المنازعات المتعلقة به من اختصاص القضاء الادارى المصرى » ولكن لم يؤخذ بهذا الرأى - كما تقول الأعمال التحضيرية - لأن المشروع تعرض لجانب محدود من صلة المنتفعين بالملتزم ، وهذا الجانب مدنى الصيغة ٠٠ هذا ولم يذهب التعديل المزمع لقانون مجلس الدولة الى جعل القضاء الادارى مختصا دون غيره بالنظر فى المنازعات الخاصة بالتزامات المرافق العامة ، وانما جعل اختصاص القضاء العادى قائما ، وجعل الاختيار للأفراد فى الالتجاء الى الجهة التى يؤثرونها . والقواعد التى تضمنها المشروع فى هذا الشأن ليس فيها خروج على القواعد العامة ولا مساس بالتنظيم الادارى ٠٠ « (١) » .

وهذا الرد اكبر دليل على عدم انسجام هذه المواد فى المجموعة المدنية فى الوقت الحاضر : فإذا كان للاعتبارات التى أوردها الأعمال التحضيرية محل حين اصدار المجموعة المدنية، لأن القضاء العادى كان يختص بالنظر فى جميع المنازعات المتعلقة بالمقود الادارية ، فان الاعتراض الذى أبدى فى مجلس الشيوخ كان أبعد نظرا ، إذ لم يلبث القضاء الادارى المصرى أن أصبح مختصا دون غيره بالفصل فى المنازعات المتعلقة بمقود الالتزام أو بأى عقد ادارى آخر . والمسلم به - وفقا للنظرة الفرنسية - أن القضاء الادارى غير ملزم باحترام القواعد الواردة فى القانون المدنى ، الا بالقدر الذى تعتبر فيه تلك القواعد مجرد تطبيق للمبادئ العامة التى لا تتعارض مع الأسس التى يقوم عليها القانون الادارى على التفصيل السابق .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، الجزء الخامس من ٦٨ وما بعدها .

ومن ناحية أخرى فإن المواد التي أوردتها القانون المدني لا جديد فيها : فالمادة ٦٦٨ تعرف عقد الامتياز . والمسلم به أن التعريفات هي عمل الفقيه لا عمل المشرع . والمادة ٦٦٩ تقرر أن أداء الخدمة يجب أن يتم وفقا للشروط الواردة في عقد الامتياز . وهذا لا جديد فيه كما سنرى . لأن هذه الشروط باعتراف الأعمال التحضيرية « ملزمة للفرد أو الشركة التي يعهد إليها باستغلال المرفق العام كما هي ملزمة للملاءم » . وأن الاحترام الواجب لهذه الشروط إنما يرجع الى مالها من طبيعة اللائحة الادارية » . أما المادة ٦٧٠ فإنها تطبيق لقاعدة مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة ، وهي إحدى القواعد الضابطة لسير المرافق العامة . وكذلك الشأن بالنسبة الى المادة ٦٧٢ والخاصة بالخطأ في تطبيق تعريفات الأسعار . وتعتبر المادة ٦٧١ تطبيقا لقاعدة قابلية المرافق العامة للتغيير والتعديل ، لأنها تغول الادارة الحق في اعادة النظر في قوائم الأسعار . وأخيرا فإن المادة ٦٧٣ ، اذ حتمت على الملتزم أن يتحمل ما يلزم أدوات المرافق من عطل أو خلل الا في حالة القوة القاهرة ، فإنها تعتبر تطبيقا لأولى المبادئ الضابطة لسير المرافق العامة ، وهي قاعدة سير المرفق العام بانتظام واطراد .

ومن ثم فإن المجموعة المدنية لم تقتصر على جانب مدنى الصيغة كما ورد بالأعمال التحضيرية ، وإنما تناولت أحكاما ادارية ، بدليل أن المبادئ التي وردت في المجموعة المدنية ، يطبقها القضاء الادارى دون حاجة الى نص ، مما يقطع بصفتها الادارية .

حقيقة إن المنتفعين كثيرا ما يتلقون الخدمة عن طريق عقد خاص بينهم وبين الملتزم ، وأن هذا العقد على الراجح فى القضاء الفرنسى هو عقد مدنى ، ويخضع بالتالى لاختصاصه المحاكم القضائية . ومع ذلك فإن هذا العقد المدنى وثيق الصلة بمقصد الالتزام ، ذلك أن الشروط التي ترد به ، يجب أن تكون فى نطاق الاتفاقات والبنود التي يحتويها عقد الالتزام ، فلا يجوز للملتزم والمنتفعين أن يتفقوا

على خلاف تلك الشروط • وسوف نرى أثر ذلك فيما يتعلق بقواعد الاختصاص •

ونكتفى بهذه الأحكام المميزة لمقصد الالتزام ، محيلين فى باقى الأحكام الى النظرية العامة للعقود الادارية والتي يشترك فيها عقد الامتياز مع باقى العقود الادارية •

الفصل الثاني

عقد الأشغال العامة^(١)

١ - يمكن تعريف عقد الأشغال العامة *« le marché de travaux publics »* بأنه عبارة عن اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوى عام ، وبقصد تحقيق منفعة عامة ، فى نظير المقابل المتفق عليه ، ووفقا للشروط الواردة بالمقد .

وقد عرفته محكمة القضاء الإدارى تعريفا مقاربا فى حكمها الصادر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ حيث تقول^(٢) : « ... ومن حيث ان عقد الأشغال العامة هو عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام ، وفرد أو شركة بمقتضاه يتمهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة فى عقار لحساب هذا الشخص المعنوى العام ، وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد فى العقد » . وبتطبيق التعريف على موضوع الدعوى قالت « ... ومن حيث ان العقد موضوع الدعوى هو عقد من عقود الأشغال العامة طبقا للتعريف سالف الذكر ، وقد أبرم لحساب شخص معنوى هو وزارة الشؤون البلدية والقروية (مصلحة المجارى) وموضوعه عقار مخصص لمرفق عام والغرض منه تحقيق منفعة عامة وهى حفر بئر

(١) تراجع رسالة الدكتور فؤاد المطار التى سبقت الإشارة إليها وهى بالفرنسية كما سبق أن ذكرنا .

(٢) القضية رقم ٢٨٤ لسنة ٨ قضائية ، السيد فتحى عباس الفبارى ضد وزارة الشؤون البلدية والقروية ومصلحة المجارى ، س ١١ ، ص ١٠٤ .

هذا وقد عرفه قسم الرأى مجتمعاً فى فتواه رقم ٣٦٩ بتاريخ ١٦/١٢/١٩٤٩ بأنه « عقد يتمهد بمقتضاه مقاول للحكومة بأن يقوم بتنفيذ عمل معين تحت مسئوليته وبإشرافها ، مقابل مبلغ نقدى يدفع إليه حسب الأسس الموضحة بالتماقد . والمنصران الأساسيان فى عقد المساولة هما قيام المقاول بإنشاء « Construction » العمل المتفق عليه ، دون أن يكون له حق استغلاله « Exploitation » وقيام الإدارة بدفع المبلغ النقدى للمقاول » .

مجموعة أبو شاذى ، ص ٩٧ .

ارتوازي لتزويد أهالي المنطقة بالمياه العذبة الصالحة للشرب ، ومن ثم فتختص محكمة القضاء الإداري بالفصل في المنازعات القائمة بشأنه » • ويجرى مجلس الدولة الفرنسي على أن عقد الأشغال العامة هو عقد إداري باستمرار • وهذا هو المستفاد من نصوص القوانين الثلاثة التي نظمت اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات المتعلقة بالمقود الادارية في مصر ، وقد سبق أن أوردناها (قوانين ١٩٥٥ و ١٩٥٩ و ١٩٧٢) •

٢ - على أنه لكي يكون ثمة أشغال عامة في نظر القضاء الإداري الفرنسي - وهو ما يستفاد أيضا من تعريف محكمة القضاء الإداري لعقد الأشغال العامة والذي أوردناه فيما سبق - يجب توافر العناصر الآتية :

أولا - يجب أن ينصب موضوع العقد على عقار : فكل اتفاق يكون موضوعه منقولات مملوكة للإدارة ، ولو كانت تندرج في أموال الدومين العام ، لا يمكن اعتباره من عقود الأشغال العامة ، حتى ولو اعتبر ذلك العقد إداريا ، ومهما كانت ضخامة المنقول • وعلى هذا الأساس لم يعتبر القضاء الإداري عقودا من عقود الأشغال العامة الاتفاقات التي يكون محلها اعداد أو بناء أو ترميم سفينة أو حظيرة متحركة للطائرات^(١) •

وعلى العكس من ذلك ، يعتبر العقد من عقود الأشغال العامة إذا تناولت الأشغال عقارا بالتخصيص «Les immeubles par destination» كإقامة خطوط تليفونية ومد أسلاك تحت الماء^(٢) • وإذا كان المعنى الأصيل للأشغال العامة يتناول أساسا أعمال البناء والترميم كبناء دور المصالح العامة والخزانات ، وإقامة المسور والسدود وحفر الترع

(١) حكم المجلس الصادر في ١٧ يونيو سنة ١٩٢٨ في قضية «Le Tourneir»
سرى سنة ١٩٣٩ القسم الثالث ص ٦ • «lignes téléphoniques, câble sous-marins»
(٢) حكم المجلس الصادر في ٤ يونيو سنة ١٩٣٧ في قضية «Cie fr. des câbles»
الجموعة ص ٥٥٧ وحكمه في ٢١ يناير سنة ١٩٢٧ في
قضية «Cie Générale des eaux» دالوز سنة ١٩٢٨ القسم الثالث ص ٥٧ مع
تقرير «Blaeroet» •

أو ردمها ٠٠٠ الخ ، فان قضاء مجلس الدولة الفرنسى قد توسع
فى فكرة الأشغال العامة فأدخل فيها كافة الأعمال المتعلقة بالصيانة ،
ومثال ذلك التنظيف والكنس والرش فى الطرق العامة^(١) ، ونقل
المواد اللازمة لتنفيذ العمل^(٢) .

ثانيا - يجب أن يتم العمل لحساب شخص معنوى عام : «Pour le compte d'une personen publique» وهذا مفهوم فى حالة كون المقار محل
الاتفاق مملوكا لشخص عام اقليمى أو مصلحى . ولكن ليس من
الضرورى - وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسى الحديث - أن يكون
المقار ، محل الشغل ، مملوكا لشخص معنوى عام ، بل يكفي أن يتم
العمل « لحساب » شخص معنوى عام ، ولو كان محله عقارا خاصا .
ويعتبر المجلس أن العمل قد تم لحساب شخص معنوى عام فى هذه
الحالة اذا كان للشخص المعنوى العام اشراف مباشر ودقيق على الأعمال
موضوع العمل . أو كان مصير المقار أن يؤول الى الشخص المعنوى
العام فى نهاية مدة معينة^(٣) .

**ثالثا - يجب أن يكون الغرض من الأشغال موضوع العقد تحقيق
نفع عام :** «un but d'utilité générale» وقد كان هذا المنصر أكثر
عناصر الأشغال العامة تطورا فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى .
فقد ارتبطت فكرة الأشغال العامة فى أول الأمر بفكرة الدومين
العام فاقترنت الأشغال العامة على الأعمال التى تتم على عقارات
تدخل فى نطاق الدومين العام ، بحيث لو تمت الأشغال على عقار
يدخل فى نطاق الدومين الخاص لما اعتبر المقعد اداريا . ولكن القضاء
الادارى سرعان ما فصل بين الفكرتين . وتوجت هذا الاتجاه محكمة

(١) حكم المجلس الصادر فى ٩ فبراير سنة ١٩٣٤ فى قضية «Mabilles» ميرى
سنة ١٩٣٤ التسم الثالث ص ٣٣ .

(٢) حكم الصادر فى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٥ فى قضية «Quignard» المجموعة
ص ٦٢٧ .

(٣) حكم الصادر فى ٢٢ يونيو سنة ١٩٢٨ فى قضية «Signaux» مجلة
القانون العام سنة ١٩٢٨ ص ٥٢٥ ودالوز سنة ١٩٢٨ القس الثالث ص ١١٣ مع
تطبيق هوريو ، ومطول أندريه دى لوبادير طبعة سنة ١٩٥٣ ، ص ٨٢٢ وما بعدها .

التنازع فى حكمها الصادر فى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٢ فى قضية «Préfet des Bouches-Rhones»^(١) حيث تقول : « وحيث ان الضرر المدعى به يرجع الى اهمال فى صيانة دار القضاء فى مدينة ٠٠٠ وهى مخصصة كلها لمرفق العدالة ، وبالتالي لتحقيق مصلحة عامة ، ومن ثم فان الدعوى تدخل فى اختصاص المجلس الاقليمى باعتبارها متعلقة بتنفيذ أو عدم تنفيذ أشغال عامة دون حاجة للبحث فيما اذا كان المبنى يدخل فى نطاق الأموال العامة أو الخاصة ، لاستقلال فكرة الأشغال العامة عن الأموال العامة » .

ولقد ارتبطت فكرة الأشغال العامة أيضا بالمرفق العام ، فاعتبرت أشغالا عامة تلك التى تتم على عقارات مخصصة لمرفق عام ، ولو كانت غير مملوكة للإدارة أو داخلية فى نطاق الدومين الخاص . ولكن المجلس فصل أيضا بين فكرة الأشغال العامة والمرفق العام ، فاعترف بصفة الأشغال العامة ، لأعمال تمت على عقارات غير مخصصة لمرافق عامة ، وكان ذلك فى حكمه الهام الصادر فى ١٠ يناير سنة ١٩٢١ فى قضية «Commune de Monségur»^(٢) وكان ذلك بالنسبة للأشغال التى تتم على عقارات مخصصة للعبادة ، والتى لا تعد من المرافق العامة وفقا لقانون ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٥ . كما أن كون العقار مخصصا لمرفق عام ، لا يستتبع بالضرورة أن تكتسب الأشغال التى تتم عليه صفة الأشغال العامة^(٣) .

وهكذا كما انفصلت فكرة الأشغال العامة عن الأموال العامة ، انفصلت أيضا عن فكرة المرفق العام ، وأصبح يكفى أن تستهدف الإدارة من ورائها مصلحة عامة ما ، مع تحقق الشرطين السابقين .

(١) مجموعة سبرى سنة ١٩٤٥ ، القسم الثالث ص ١٠ .

«La notion de travail public étant indépendante de la domanialité

(٢) مجموعة سبرى سنة ١٩٢١ ، القسم الثالث ص ٥٠ مع تقرير المفوض

«Corneille» وتطبيق هوريو .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ١٣ فبراير سنة ١٩٤ فى قضية «Cne de Sarlat et

Soc. La mutuelle générale Française» ويتملق بكنيسة قديمة مؤجرة لمصلحة البريد .

ومما تجدر الاشارة اليه أن مجلس الدولة الفرنسى لا يعتبر المصلحة المالية للادارة «L'intérêt financier de l'administration» من المصالح العامة التى تسبغ على الأشغال الصفة العامة . فاذا ما استهدفت الادارة أغراضاً عدة من بينها المصلحة المالية ، فإن المعول عليه فى هذا الخصوص هو الباعث الرئيسى . بمعنى أن الادارة اذا استهدفت تحقيق نفع عام ، فإن العقد يعتبر عقد أشغال عامة ولو حقق بالتبعية مصلحة مالية للادارة ، والعكس . وعلى هذا الأساس اعتبر القضاء الادارى الفرنسى أشغالا عامة تلك التى تستهدف بناء مساكن شعبية بقصد اسكان العمال^(١) ، وتشبيد مبنى للمعرض تجارى^(٢) .

٣ - يتجلى من العرض السابق أن قضاء مجلس الدولة الفرنسى لا يفتأ يضمن توسعه على فكرة الأشغال العامة ، بل انه ألحق بعقد الأشغال العامة اتفاقات أخرى قد تكون علاقتها ضعيفة مع فكرة الأشغال العامة بمعناها الفنى . وفيما يلى نعرض لصور بعض هذه الاتفاقات :

أولاً - الاتفاق على توريد مواد «fournitures de matériaux» : اذا اقتصر دور المتعاقد على مجرد توريد المواد دون أن يشارك فى تنفيذ الأشغال العامة ، فإن مجلس الدولة الفرنسى مستقر على أن مثل هذا الاتفاق لا يمكن أن يعتبر اداريا لمجرد اتصاله بالأشغال العامة ، بل يعتبر اداريا أو من عقود القانون الخاص وفقاً لخصائصه الذاتية ، وطبقاً للمعيار العام فى هذا الصدد^(٣) .

ثانياً - الاتفاق على نقل مواد : وهنا يجرى مجلس الدولة

(١) حكمه فى ١٨ فبراير سنة ١٩٤٦ فى قضية «Gautier» المجموعة ص ٥٠ .

(٢) حكمه فى ٢١ مارس سنة ١٩٣٠ فى قضية «Perols» المجموعة ص ٣٣٢ .
(٣) قضاء مستقر لمجلس الدولة الفرنسى ، راجع على سبيل المثال حكمه الصادر فى ٣١ يوليو سنة ١٩١٢ فى قضية «Sté des granits des Vosges» المجموعة ص ٩١٢ مع تقرير المفوض ليون بلوم ، وتتملق بتوريد أحجار لرصف شوارع .
(م ٩ العقود الادارية)

الفرنسي على اعتبار هذا الاتفاق وثيق الصلة بالأشغال العامة ، ومن ثم يعتبره اداريا لهذا السبب^(١) .

ثالثا - عقد ايجار الخدمات (العمل) «Louages de services»
يضمن القضاء الادارى صفة الأشغال العامة على الاتفاقات التي تبرمها الادارة مع بعض المهندسين بقصد رقابة الأعمال وتوجيهها أثناء التنفيذ^(٢) .

رابعا - الاتفاق على تقديم مساعدة مالية أو عينية بقصد المساعدة على انجاز الاشغال العامة :
«Aide financière ou en nature pour la réalisation d'un travail public»

ذهب القضاء الادارى فى فرنسا فى كثير من الحالات الى اعتبار هذه الاتفاقيات من قبيل عقود القانون الخاص ما لم تتضمن بطبيعتها شروطا غير مألوفة . ومن هذا القبيل عقد القرض الذى تبرمه البلدية بقصد التمكن من انجاز أشغال عامة تدخل فى اختصاصها^(٣) . ومع ذلك فان القضاء الادارى الفرنسى جرى باستمرار - وما يزال - على اعتبار عقد تقديم المعاونة من قبيل العقود الادارية لصلته الوثيقة بمقد الأشغال العامة . ونظرا لأهمية هذا العقد الأخير فأننا نعرض له بشيء من التفصيل فيما بعد .

خامسا - على أن أكبر تطور يقدمه الفقهاء فى هذا المجال ، ينحصر فيما قرره القضاء الادارى الفرنسى من اضافة صفة عقد الأشغال العامة على عقود تبرم بين شخصين من أشخاص القانون

(١) حكمه فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٠ فى قضية «Mounier» دالوز سنة ١٩٣١ القسم الثالث ص ٢٩ مع تعليق «Montsarrat» وفى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٥ فى قضية «Quignard» المجموعة ص ٦٢٧ .

(٢) حكم المجلس فى ٢ فبراير سنة ١٩١٩ فى قضية «Bariller» المجموعة ص ٢٢٢ ، وفى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٩ فى قضية «Ali Tur» وفى ١٥ ديسمبر سنة ١١٥٠ فى قضية «Mathiot» المجموعة ص ٨١٢ .

(٣) حكمه فى ١٤ مايو سنة ١٩٤٣ فى قضية «Cne de Joinville le-pont» دالوز سنة ١٩٤٣ ص ٧٤ ، وفى ١٨ يونيو سنة ١٩٤٨ فى قضية «Sif hydro électrique du Verdon» المجموعة ص ٢٧٨ .

الخاص . وأول الأحكام التي أعلنت هذا المبدأ ، هو حكم محكمة التنازع الشهير ، في قضية «Société entreprise peyrot» في ٨ يوليو سنة ١٩٦٣ ، ففي هذا الحكم اعترف القضاء ولأول مرة ، أن عقدا يبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص ، يمكن أن يندرج في نطاق المقود الادارية^(١) . وتأكد هذا التحول بصورة واضحة في حكمين لمجلس الدولة في ٣٠ مايو سنة ١٩٧٥ في قضية «Société d'équipement de la région montpelliéraine» وفي حكم التنازع الصادر في ٧ يوليو سنة ١٩٧٥ في قضية «Commune d'Agde» حيث اعترف صراحة بالصفة الادارية لمقود مبرمة بين شركات اقتصاد مختلط «Sociétés d'économie mixte» وبين مقاولين من القطاع الخاص ، في مجال اعداد البيئة ، وتزويد المناطق الحضرية بما يلزمها من مرافق^(٢) . وقد اعتمد مجلس الدولة على فكرة أن المقود قد أبرمت لحساب الوحدات الاقليمية العامة^(٣) ، واعتمد القضاء الادارى في تبرير قضائية على عدة قرائن منها عودة الأشغال الى السلطات العامة بعد مدة معينة ، ومساهمة السلطات المحلية في نفقات تلك الأعمال ، وقد تأكد هذا القضاء في أحكام أخرى^(٤) .

وقد اختلف الفقه الفرنسى حول هذا التحول الجزئى ذى الطابع الثورى في مجال المقود الادارية «mini - revolution» والكثيرون منهم وقفوا موقفا متحفظا منه ، وتمنوا أن يظل هذا التحول فى أضيق الحدود ، والا تعين اضماف الطابع الادارى على جميع المقود

(١) وقد أطلق بعض الفقهاء على هذا الحكم أوصافا معبرة منها أنه يعتبر تحولا حاسما «tournant décisif» وأنه من قبيل الفرائب التاريخية «caricature historique» راجع بحثا غير منشور ، ألقته الأستاذة Jacqueline Morand «استاذة القانون العام والعلوم السياسية» بجامعة باريس ١٢ . في أبريل سنة ١٩٨٢ .

(٢) «Dans le domaine de l'aménagement du territoire et de l'équipement urbain».

(٣) «Pour le compte de la collectivité publiques».

(٤) راجع حكمى مجلس الدولة الفرنسى الصادرين في ٣٠ يونيو سنة ١٩٧٦ في قضية «S.E.M. de la ville d'Air - en - Provence» وفي ٧ يوليو سنة ١٩٧٦ في قضية «Société d'aménagement de la région de Rouen».

ذات الصلة بالأشغال العامة ، وهو الأثر الذى لم يقرره مجلس لدولة
الفرنسى حتى الآن . وفى ختام هذه الملاحظة نقرر أن هذا القضاء
لا مقابل له فى مصر حتى الآن .

٤ - تلك هى الأحكام الرئيسية لعقد الأشغال العامة فى القضاء
الإدارى الفرنسى . ولم يتح لمجلس الدولة المصرى حتى الآن أن
يفصل أحكام عقد الأشغال العامة ، نظرا لحداثة اختصاصه فى هذا
المصدر . فهو قد عرف الأشغال العامة تمريفا سبق أن أوردناه ،
وهو يغطى - كما رأينا - الخطوط الرئيسية لعقد الأشغال العامة
فى فرنسا . كما أن محكمة القضاء الإدارى حاولت أن تفصل فى
بعض أحكامها القديمة الخصائص المميزة لعقد الأشغال العامة ، فهى
فى حكمها الصادر فى ٢٠ يوليو سنة ١٩٥٠ تقول : « ان مقاولات
الأشغال العامة التى تطرحها الحكومة فى مناقصات عامة لها طابعها
الخاص ، اذ هى تتناول مرافق الدولة العامة ، والأموال التى تنفق
فيها أموال عامة . ولذلك فانها تحاط بسياس من الضمانات التى
تكفل حسن سير العمل واختيار من يقوم به لانجازه فى الوقت المعين
وبأقل نفقة . وقد وضعت من أجل ذلك كراسات النصوص
والشروط العمومية التى يخضع لها المقاول ... تستهدف جميعها
الصالح العام وتضفى على العقد طابعاً يجعله عملاً من أعمال الإدارة
يهدف الى حسن سير المرفق العام ، ويخضع لقواعد خاصة ، كما أنها
تجعل من المقاول صفة من يتعاون على حسن سير هذا المرفق :
«un collaborateur au fonctionnement du service public»^(١) وهذا

الحكم كما هو واضح يربط عقد الأشغال العامة بفكرة المرفق العام ،
وان كان قد أشار الى فكرة الصالح العام . وفى حكم للمجلس صادر
فى ٦ مارس سنة ١٩٥١ ، قرر أن العقد المبرم بين الحكومة وبين
المدعين بشأن ردم البرك ببعض القرى يعتبر عقد أشغال عامة^(٢) .
كما رأينا أنه اعتبر من قبيل الأشغال العامة الاتفاق على حسن الآبار

(١) السنة الرابعة ص ٩٠٦ .

(٢) السنة الخامسة ص ٦٩ .

الارتوازية لتزويد الأهلين بالماء الصالح للشرب وإنشاء ثلاثة كبارى
لحساب وزارة الأشغال العمومية (حكم المجلس فى ٩ ديسمبر سنة
١٩٥٦ القضية رقم ٤٢٨٥ لسنة ٩ قضائية) •

ومن ثم فإنه يكون من السابق لأوانه أن نرسم فكرة كاملة لمقد
الأشغال العامة وفقا لقضاء مجلس الدولة المصرى لندرة الأحكام
فى هذا الصدد •

هذا وقد ربطت بعض فتاوى المجلس القديمة بين عقد الأشغال ،
وعقد المقاولة فى القانون المدنى • فقد جاء فى فتوى ادارة الرأى
رقم ٨٧٦ الصادرة فى ٢٨/٥/١٩٥٠ بخصوص عقد الأشغال ما يلى :
« عقد الأشغال العمومية ، هو عقد مقاولة أشغال عمومية • وعقد
المقاولة كما عرفته المادة ٦٤٦ من القانون المدنى الجديد عقد يتمهد
بمقتضاء أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو يؤدى عملا لقاء آخر يتمهد
به المتعاقد الآخر • وفكرة الأشغال العمومية متصلة اتصالا وثيقا
بالمقاربات • فقيام المتمهد أو المقاول ببناء أو ترميم أو صيانة مبانى
أو منشآت ثابتة لحساب إحدى الجهات الادارية مقابل أجر متفق عليه
هو عقد أشغال عمومية ، وقيام شركة مساهمة مقابل مبلغ متفق
عليه بإنشاء خزان أو كوبرى أو مصرف أو ترعة هو أشغال عمومية •
ولكن اتفاق الحكومة مع شركة ما على بناء سفينة لا يعتبر من الأشغال
العامة بل هو عقد مقاولة موضوعه منقول لاعقار ••• »^(١) ونجد
فى هذه الفتوى صدى الأخذ فى مجال العقود الادارية بالقواعد
المدنية ، وهو اتجاه سبق أن ناقشناه •

الفصل الثالث

عقد التوريد والنقل

وقد جمعنا بينهما تحت عنوان واحد ، لأن مجلس الدولة الفرنسى يطبق عليهما ذات الأحكام ، اذ يعتبر عقد النقل نوعا من التوريد • وهذان المقدان - على عكس عقود الامتياز والأشغال العامة - لا يعتبرهما القضاء الادارى عقودا ادارية باستمرار ، بل من الممكن أن يكونا من طبيعة ادارية أو خاصة وفقا لما يتضمنانه من أحكام • ونعرض فيما يلى للتمريف بكل منهما باختصار :

الفرع الأول

عقد التوريد

١ - عقد التوريد « Le marché de fournitures » هو كما عرفتة محكمة القضاء الادارى المصرية فى حكمها الصادر فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢ « اتفاق بين شخص معنوى من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتمتع بمقتضاء الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوى لازمة لمرافق عام مقابل ثمن معين » ثم قارنت بينه وبين الاستيلاء على المنقولات المملوكة للأفراد بقولها : « وهو يختلف عن الاستيلاء فى أن المورد فى العقد الادارى يسلم المنقولات المتعاقد عليها برضائه دون أن يكون مضطرا الى ذلك ، بينما الاستيلاء انما يكون بمقتضى قرار ادارى بأن يسلم المورد المنقولات المطلوبة بهذا القرار جبرا » (١) •

فموضوع عقد التوريد هو باستمرار أشياء منقولة ، كالبضائع أو مواد التموين أو الفحم أو السفن أو المواد الحربية المختلفة •••

(١) مجموعة أحكام المجلس ، السنة السابعة ص ٧٦ •

الخ • ولا يمكن أن يكون محله العمل في عقار بطبيعته أو بالتخصيص
والا أصبح عقد أشغال عامة كما ذكرنا •

٢ - ومع عقود التوريد التي اعترف لها القضاء الإداري المصري
بالصفة الإدارية ، الاتفاق على توريد شمع ، وتوريد بطاطين^(١)
والتصريح للأفراد باستيراد بعض صفقات من الصفيح بشروط
معينة^(٢) ، وتوريد كميات من الدقيق لوزارة التموين^(٣) ، وتوريد
بوابات معينة^(٤) ... الخ •

ولقد كانت محكمة القضاء الإداري المصرية تتمتع في أول
الأمر في الكشف عن طبيعة عقد التوريد ، على مدى صلة العقد
بالمرفق العام • ومن ذلك على سبيل المثال حكمها الصادر في ٢
ديسمبر سنة ١٩٥٢ حيث تقول : « ومن حيث ان الوزارة عندما
عرضت شراء الشمع من المدعين بالثمن والشروط والمواصفات التي
قررتها ، انما قصدت تخصيصه لنشاط مرفق التموين طبقا لما هو
واضح من المستندات المودعة في الدعوى ، ومتى كان المدعون قد

(١) حكم المجلس الصادر في ٤ مارس سنة ١٩٥٢ ، مجموعة أحكام المجلس ،
السنة السادسة ص ٦٠٤ ، وقد جاء فيه : « ... ومن حيث أنه لا جدال في أن
العقد المبرم بين الحكومة والمدعي بشأن توريد بطاطين يعد من عقود التوريد وكل
نزاع يترتب على هذا العقد من أول تكوينه الى آخر نتيجة في تصفية كافة العلاقات
والحقوق والالتزامات التي نشأت عنه يدخل في اختصاص هذه المحكمة » •

(٢) حكم المجلس الصادر في ٨ يونيو سنة ١٩٥٤ ، السنة الثالثة ص ١٥٥١ وقد
جاء فيه : « ... ان الاستفادة مما تم من اجراءات في شأن صفقات الصفيح أن
عمليات الاستيراد تتمخض في الواقع عن عقد توريد ، فغناصر العقد قد توافرت من
حيث السلع ومواصفاتها وأسعارها • ولقد كان ذلك الأمر معلوما للطرفين بادئ
ذئ بدء ، فكانت الشركة تعلم قبل الاذن بالاستيراد أنها ليست حرة التصرف فيما
تستورده ، وانما هي تستورد لحساب الحكومة ، وكانت الحكومة بدورها تعمل على
الاستيراد وتشجع عليه لعلهما أن مآل الصفقات جميعها اليها ولذلك لم تأذن
الا باستيراد ما يتفق وحاجات البلاد » •

(٣) حكم المجلس الصادر في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ ، القضية رقم ١٦٠٩
لسنة ١٠ ق ، وزارة التموين ضد السيد/ محمد محمد خليل •

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٤ يناير سنة ١٩٥٩ ، السنتان ١٢
و ١٣ ص ١٦١ •

قابلوا ايجابها بقبول فيكون قد انعقد بذلك عقد ادارى لا عقد مدنى»^(١) .

أما الآن فان المحكمة تحرص على ابراز الشرط الثالث والهام ، وهو احتواء العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة . ومن ذلك قولها في حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (وقد سبقت الاشارة اليه) « . . . ومن حيث ان هذه المنازعة خاصة بمقد توريد ، وهو من العقود الادارية التى لا تخضع لأحكام القانون الخاص ، وانما يفصل فيها على مقتضى مبادئ القانون العام فى شأن العقود الادارية ، ولما كانت هذه العقود تختلف عن العقود المدنية فى أنها تستهدف مصلحة عامة فى تسيير المرافق العامة . . . فانه من أجل تحقيق هذا الهدف خولت جهة الادارة سلطات استثنائية ، وحق تطبيق قواعد غير مألوفة فى عقود القانون الخاص بقصد الوفاء بحاجة المرافق العامة . . . وهى أبرز الخصائص التى تميز نظام العقود الادارية عن نظام العقود المدنية . . . » .

ولقد وجدنا حكماً لمحكمة القضاء الادارى صادراً فى ١٧ مارس سنة ١٩٥٧^(٢) (القضية رقم ١٨٢٧ لسنة ١٠ قضائية) قد يوحى ظاهره بأن عقد التوريد ، هو عقد ادارى باستمرار . فقد جاء فى ذلك الحكم ما يلى : « ومن حيث ان المادة العاشرة من القانون الرقيم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ قد نصت على أن يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء ادارى دون غيره فى المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو باى عقد ادارى آخر فعقد التوريد من 'العقود الادارية المسماة بمقتضى القانون' ، وهو اتفاق بين شخص معنوى من أشخاص القانون العام ، وبين فرد أو شركة يتمتع بمقتضاء هذا الفرد أو تلك الشركة بتوريد أشياء معينة للشخص المعنوى لازمة لمرق عام ، مقابل ثمن معين ، وهذه العناصر كلها متوافرة فى عقد توريد الشمير المبرم . . . بين مجلس بلدى قويسنا والمدعى عليه . . . »

(١) سبقت الاشارة اليه .

(٢) مجلس بلدى قويسنا ضد السيد سلامة فهمى فانوس .

ونعتقد أن محكمة القضاء الإدارى لا يمكن أن تكون قد ذهبت إلى أن عقد التوريد هو عقد إدارى بتحديد القانون للنص عليه صراحة فى المادة العاشرة ، فقد سبق أن ذكرنا أن المقود الادارية فى مصر هى عقود ادارية بطبيعتها وخصائصها الذاتية لا بتحديد المشرع . وعقد التوريد هو من المقود التى قد تكون ادارية أو مدنية وفقا لخصائصها الذاتية ، ولهذا حرص المشرع فى قانون سنة ١٩٤٩ على أن يقصر اختصاص محكمة القضاء الإدارى على الفصل فى المنازعات التى تتعلق بمقود التوريد الادارية ، فاستبعد من اختصاص المحكمة المنازعات المتعلقة بمقود التوريد غير الادارية . أما المادة العاشرة من القانون المشار اليه فقد ذكرت المقود الثلاثة السابقة على سبيل التمثيل . ونهاية المادة صريحة فى أن مناط اختصاص القضاء الإدارى هو كون المقود اداريا . وإذا كانت عقود الامتياز والأشغال العامة ، هى عقود ادارية باستمرار وفقا لخصائصها الذاتية ، فإن هذا ليس الشأن فى عقد التوريد ، اذ يجب أن يشتمل ذلك المقود على العناصر الثلاثة السابقة لكي يكون إداريا .

٣- وقد يختلط عقد التوريد بمقد آخر ، فيسرى على كل من المعدين نظامه القانونى . ونجد مثالا لذلك فى حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ١٩٦٩/١/٢٥ (النشرة المؤقتة ص ١٣٩) حيث تقرر المحكمة أن مثار المنازعة انصب كله على اصلاح الدراجات البخارية والموتوسيكلات ، وعلى توريد وتركيب ما يلزم لها من قطع غيار جديدة وصاج وأخشاب ومشمع ومقابض وما الى ذلك ، واستكمال الفوانيس والاشارات الحمراء . ولما كان التوريد فى هذا العقد ينصب على أشياء ذات شأن محسوس من حيث قيمته وأهميته بجانب العمل ، فإن المقود بهذه المثابة ينطوى على مزيج من مقاوله الأعمال والتوريد ، وتقع المقاوله على أعمال الاصلاح وينطبق أحكامه عليه ، ويقع التوريد على المواد وتسرى أحكامه فيما يتعلق به .

٤- وتتخذ عقود التوريد فى العمل صورا مختلفة ، من أشهرها فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى التمييز بين أن يقتصر التوريد على

مرة واحدة ، ويطلقون على العقد في هذه الحالة تسمية «marché de livraison» وبين أن يتم التوريد على دفعتين متعددة : ويسمون العقد في هذه الحالة «marché de fournitures multiples et successives» : ويذهب القضاء الفرنسي عادة الى أن العقد الأول هو من عقود القانون الخاص . أما الثاني ، فيكون من عقود القانون الخاص أو من عقود القانون العام . بل لقد ذهب بعض المفوضين الى حد أن جعلوا من التوجيه السابق قاعدة مطلقة^(١) . ولكن هذا التعميم يعيبه الاطلاق ، لأن العقد الأول من الممكن أن يكون عقدا اداريا اذا ما احتوى على شروط العقود الادارية^(٢) . ويتفرع من عقد التوريد في الوقت الحاضر ، بالنظر الى انتشار الصناعة ، عقود مقاربة أهمها :

عقود التوريد الصناعية «marchés de fabrication ou industriels»
فالمنصر الأساسى فى عقود التوريد المادية ، هو تسليم منقولات يتفق على مواصفاتها مقدما ، ويكون المتعاقد حرا فى المصدر الذى يحصل عليها منه . ولكن فى عقود التوريد الصناعية ، يقوم بجوار التسليم عنصر آخر هو عنصر صناعة البضائع المتفق على توريدها . ومن ثم يكون للإدارة حرية كبيرة فى التدخل أثناء أعداد تلك البضائع كما سترى فيما بعد .

وعقود التحويل : «marchés de conversion ou de transformation»
فالدولة تسلم منقولات الى احدى الشركات لتحويلها الى مادة أخرى ، ثم يعاد تسليمها الى الدولة . وهذا الاتفاق كما هو واضح ، اتفاق مركب ، يعتبره القضاء الادارى الفرنسى عقد توريد وفقا لقاعدة وحدة الاتفاق التى أشرنا اليها فيما سلف ، اذا ما كانت فكرة التوريد

(١) تقرير ليون بلوم بمناسبة حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية «Granits des Vosges» وراجع تقرير المفوض كورناتى فى قضية «Fromassols» مجلة القانون العام سنة ١٩٢١ ص ٧٧ وقضية «Eclairage de Poissy» مجموعة سبرى سنة ١٩٢٤ ، القسم الثالث ص ٢ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٦ نوفمبر سنة ١٩١٢ فى قضية «Sté des forges Chantiers de la Méditerranée» مجموعة ص ١٠٤ .

هى المهيمنة على الاتفاق^(١) . ولكن المجلس يفصل بين العمليتين - التسليم والتحويل - اذا ما قامت كل عملية منهما مستقلة تماما عن الأخرى^(٢) . ونجد تطبيقا لهذه الحالة فى حكم المحكمة لادارية العليا الصادر فى ١٩٦٩/٢/١ (مجموعة المبادئ ، ص ١٩٤٧) حيث تعلن المحكمة أنه يجوز لجهة الادارة المتماقذة أن تزود المتعهدين بالخدمات اللازمة لصناعة أى صنف . . . وفى هذه الحالة يحاسب المتعهد على أجر تصنيع يقدر على أساس الفرق بين الصنف وفق أسعار كشوف الوحدة وثمان الخدمات الداخلة فى صناعته . فإذا كانت تلك الأصناف مسعرة فيكون أساس الحساب هو سعره الرسمى .

الفرع الثانى عقد النقل

١ - وعقد النقل «Le marché de transport» هو اتفاق بمقتضاه يتعهد فرد أو شركة بنقل أشياء منقولة للادارة أو بوضع سفينة تحت تصرفها . وقد يكون موضوع العقد مقصورا على مرة واحدة أو عدة مرات منتظمة . والأحكام القانونية لهذا العقد هى بذاتها أحكام عقد التوريد كما ذكرنا . ولا تختلف الا فيما يتعلق بموضوع كل منهما : فموضوع عقد النقل ، يتعلق بنقل أشياء منقولة ، أما موضوع الثانى فيقوم على توريد منقولات . كما أن كلا منهما يكون اداريا أو مدنيا وفقا لطبيعته الذاتية .

٢ - ويحدث فى العمل أن يقوم خلط بين عقد النقل من ناحية ، وعقد الامتياز من ناحية أخرى ، اذا كان موضوع عقد الامتياز ينصب على نقل الأشياء ، كما فى حالة امتياز نقل الخطابات بالسفن

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ فى قضية «Talbot» «obiles» المجموعة ص ٨٦ .

(٢) حكم المجلس فى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٤٤ فى قضية «Poulet» المجموعة ص ٩٥٦ .

«Service postal maritime» • والغالب أن يكون ثمة عقد امتياز اذا كان النقل منتظما وبمقتضى رسم مقدر مقدما ، وكان مسموحا به للادارة وللأفراد على السواء • ويكون عقد نقل اذا كان النقل مقصورا على مرة واحدة أو على مرات غير محددة مقدما ، وغير مسموح به للأفراد^(١) «Sans périodicité déterminé et sans accès du public»

٣ - وقضاء مجلس الدولة الفرنسى فى المنازعات المتعلقة بمقود النقل غنى ، لاسيما فيما يتعلق بالنقل بالسفن : وهو يعتبر عقد النقل مدنيا ، اذا ما اقتصر صاحب السفينة على وضع سفينته تحت تصرف الادارة بذات الشروط المألوفة فى العقود التجارية ، ودون أن يتضمن العقد شروطا غير مألوفة ، أو أن يخول صاحب السفينة التدخل مباشرة فى نشاط المرفق العام^(٢) • وعلى العكس من ذلك يصبح العقد اداريا اذا انطوى على شروط استثنائية وغير مألوفة^(٣) ، أو اذا ألزم صاحب السفينة بأن يتولى بنفسه وببهارته نقل الجنود ، فيساهم بذلك مباشرة فى تسيير المرفق العام^(٤) •

هذا وقد أعمل مجلس الدولة المصرى القواعد السابقة فى تحديد طبيعة عقد النقل المبرم بين الادارة وأحد الأفراد ، وكانت الادارة هى التى تمهدت بالنقل ، وذلك فى حكمه الصادر فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٧٧٩ لسنة ١٠ قضائية) حيث يقول : « ولما كان عقد النقل المبرم بين مصلحة البريد والمدعى لنقل طرود

(١) فالين ، مطوله فى القانون الادارى ، الطبعة السادسة ، ص ٥٦٦ ، وجين مطوله فى القانون الادارى الجزم الأول ص ٤٩ •

(٢) قضاء مطرد ، حكم المجلس فى ١٨ يونيو سنة ١٩١٩ فى قضية «Cie des chargeurs français» و حكم التنازع فى ٦ أبريل ١٩٤٦ فى قضية «Ste franco-tunisienne» المجموعة ص ٣٢٧ وفى ١٨ مايو سنة ١٩٥٤ فى قضية «Comptoir d'exportations» مجموعة (R.P.D.A.) سنة ١٩٥٤ رقم ٢٨٣ •

(٣) حكم المجلس فى ١٩ يونية سنة ١٩١٨ فى قضية «Ste des voiliers français» المجموعة ص ٥٩٧ قضاء مطرد •

(٤) حكم التنازع الصادر فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ فى قضية «Manon» المجموعة ص ٧٩٥ •

من مصر الى السودان ، والذي ينظم أسس المسؤولية فى هذه الدعوى لا يندرج تحت المادة العاشرة من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ اذ لا تتوافر فيه مقومات العقد الادارى بحسب التعريف الذى حددته قضاء المحكمة على الوجه المتقدم (والذي أورده الحكم فى صدره) اذ ليس المقصود به تسيير مرفق عام وليس فى نصوصه شروط غير مألوفة فى القانون الخاص ، وانما هو عقد مبرم لتحقيق مصلحة فردية خاصة وهى نقل رسالة من مصر الى السودان فى مقابل أجر أو رسم ، فهو عقد من عقود القانون الخاص التى تخرج المنازعة بشأنها من ولاية هذه المحكمة » .

الفصل الرابع

عقد تقديم المعاونة

١ - وعقد تقديم المعاونة «L'offre de concours» هو عقد بمقتضاء يلتزم شخص من أشخاص القانون الخاص أو العام بالمساهمة نقدا أو عينا في نفقات مرفق عام أو أشغال عامة . فقد يتقدم الى الادارة بعرض المساهمة فرد من الأفراد ، كمالك يعرض المساهمة في نفقات انشاء طريق يؤدي الى أملاكه ، أو شخص من أشخاص القانون العام كغرفة تجارية ، تعرض الاشتراك في نفقات انشاء محطة للسكة الحديد أو توسيع ميناء من الموانئ العامة . فاذا ما قبلت الادارة العرض ، انعقد بين الادارة ومن يتطوع بالمساهمة عقد ادارى هو عقد تقديم المعاونة .

٢ - والأصل أن يكون التطوع بالمساهمة اختياريا ولو جاء نتيجة طلب من الادارة ، أو باغراء من جانبها . ويستطيع من يتقدم بالمعاونة أن يسحب عرضه قبل أن تقبله الادارة . أما اذا قبلته فقد انتهى الأمر بالنسبة الى المتقدم ، وأصبح ملزما ب عرضه . أما بالنسبة الى الادارة فالأصل أن عقد تقديم المعاونة لا يولد التزاما في جانبها ، فهي ليست ملزمة بالقيام بالمشروع الذى قدم العرض من أجله حتى ولو قبلت العرض صراحة ، بل تملك المدول عنه . واذا هي فعلت فانه لا يمكن مسئوليتها عن ذلك بناء على خطأ تصادى . وكل ما يملكه المتعاقد الآخر فى هذه الحالة هو التحلل من التزامه بتقديم ما اتفق عليه . ولأجل هذا ، فقد رفض الفقيه جيز أن يعتبر تقديم المعاونة عقدا من العقود^(١) ، لأنه لا يولد التزامات فى جانب الادارة . ولكن المسلم به فى الوقت الحاضر هو عكس ما ذهب اليه جيز ، لأنه ليس من اللازم أن يولد العقد التزامات فى جانب

(١) مطول جيز فى القانون الادارى ، الجزء الثالث ص ٤٤٦ وما بعدها .

الطرفين في جميع الحالات ، فمن العقود ما لا يرتب التزامات الا في جانب واحد كما ذكرنا • «C. unilateraux» ، وتلك هي طبيعة عقد تقديم المعاونة • ثم ان هذا العقد ، عند تنفيذه قد يرتب التزامات في جانب الادارة ، وذلك اذا اقترنت المعاونة المقدمة بشروط مشروعة ، مثل تعليم بعض الناس بالمجان ، أو توريد خدمات معينة بالمجان لمن قدم المعاونة • فحينئذ تسأل الادارة اذا قصرت في أداء تلك الخدمة مسئولية تعاقدية^(١) •

٣ - وبهذا التكييف أخذت محكمة القضاء الادارى في بعض أحكامها المطولة ، ومنها حكمها الصادر في ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ والذي جاء فيه بخصوص هذا المقدم ما يلي : « ومن حيث ان العلاقة القانونية التي قامت بين المدعين والحكومة مصدرها في الحقيقة العقد الذى عرض فيه المدعون أن يلتزموا بالمساهمة في نفقات انشاء مبنى المحكمتين الوطنية والشرعية عن طريق هبة قطعة الأرض ومبلغ من المال • وهذا العقد هو ما يسمونه في فرنسا «L'offre de concours» أى عرض المساهمة في نفقات مشروع ذى نفع عام ، وهو عقد ادارى يتمهد بمقتضاه شخص برضائه واختياره بأن يشترك في نفقات مشروع من مشروعات الأشغال العامة أو المرافق العامة ، وقد يصدر من أحد الأفراد كما في حالة هذه الدعوى أو من أحد الأشخاص الاداريين كالهيات الاقليمية أو المؤسسات العامة ، وقد يكون المتمهد ذا مصلحة في تمهد أو غير ذى مصلحة فيه ، وقد يكون بموضع أو يتمخض تجربا ، وقد يكون مبتدأ من تلقاء المتمهد أو مثارا من جانب الحكومة ، كما لو عرضت على احدى المدن انشاء مدرسة بها بشرط مساهمتها في نفقاتها فساهمت فيها ، وقد تكون المساهمة بمبلغ من المال أو بشئ عيني كأرض أو غيرها ، وقد يكون التعمد منجزا وقد يكون مشروطا • ولكن مهما اختلفت صور هذا العقد وتباينت أو صافه ، فهو يقوم على المساهمة الاختيارية في مشروع ذى نفع عام • ومن هنا تظهر خصيصته الأساسيتان : الأولى أنه عقد فيتميز بذلك

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى ، الصادر في ١٨ نوفمبر سنة ١٨٩٢ ، وفي ٢٨ يوليو سنة ١٨٩٩ في قضية «Gau-Bocan»

عن الاستيلاء وعن نزع الملكية للمنفعة العامة اذ كلاهما يتم جبرا .
وفى الحق فالمقد يتكون من عرض من جانب المتعهد يصادف قبولا من
جانب الادارة . والى أن يتم هذا القبول ، يجوز للمارض سحب عرضه ،
فاذا تم بتلقى القبول بالاجاب ، نشأ التزام على جانب المتعهد بأن
ينفذ تعهده بالمساهمة فى النفقات بحسب موضوعها ، وكان الالتزام
من جانبه وحده . واذا كان العرض لا يتضمن سوى قيام الحكومة
بالمشروع ذى النفع العام ، اذ هى لا تلزم بتنفيذ هذا المشروع ان
ارتأت فى تقديرها ملامة عدم تنفيذه ولا يكون ذلك منها عندئذ
خطا تعاقديا ، وغاية الأمر أن التمهيد يسقط لأنه بطبيعته معلق على
شرط هو القيام بالمشروع . فان تخلف هذا الشرط سقط التمهيد
تبعا . أما اذا اشترط المتعهد فى عرضه اشتراطات ثانوية كان تورد
الادارة المياه أو النور الى منزله مجانا ان عرض مساهمته فى نفقات
مشروع المياه أو النور فى المدينة ، وقامت الحكومة بتنفيذ المشروع
ذاته ، فانها تلتزم بتنفيذ هذه الاشتراطات القانونية . فان لم
تنفذه كان ذلك خطا تعاقديا من جانبها . والثانية هى أنه عقد
ادارى . ويترتب على ذلك أن العرض لا يسقط بوفاة المتعهد قبل قبول
الادارة ، بل يجب على الورثة سحبه وذلك على خلاف الهبة المدنية التى
يسقط عرضها بوفاة الواهب قبل قبولها من جانب الموهوب له بغير
حاجة الى سحبها من جانب ورثته ، وعلة التشدد فى المقد الادارى هو
اتصاله بالمصلحة العامة . ويترتب على هذه الخصيصة أيضا أنه يجوز
للادارة أن تتحلل من قبولها للعرض اذا قدرت بعد هذا القبول أنه
لا يتفق مع الصالح العام كما لو ظهر لها ان تنفيذ المشروع يكلفها
نفقات طائلة أو أنه عديم النفع أو لا يحقق الصالح العام على خير
الوجوه أو أن المشرع على وجه آخر أوفى بهذا الفرض ، كما يترتب
عليها أن المنازعات الناشئة عن هذا المقد تعتبر منازعات ادارية
باعتبارها متفرعة عن عقد ادارى^(١) .

(١) السنة السادسة ، ص ٢١٤ .

وتأخذ المحكمة الادارية العليا بذات التعريف فى أحكامها الحديثة . ومن ذلك على سبيل المثال حكمها الصادر فى ١٥ مارس سنة ١٩٨٠ (الطعن رقم ٣ لسنة ٢٣ القضائية) حيث تقول : « عقد المساهمة فى مشروع ذى نفع عام ، هو عقد ادارى يتعهد بموجبه شخص ، برضائه واختياره ، بالمساهمة نقدا أو عينا فى مشروعات الأشغال العامة أو المرافق العامة ، وهو يتمتع بخصائص العقود الادارية التى تنأى عن القواعد المألوفة فى مجالات القانون الخاص .

ومن ثم فلا يتقيد فى شأنه اذا تم على وجه التبرع بقواعد الهبة المقررة فى القانون المدنى ، وانما تنطبق قواعدها باحتياجات المشروع العام وأسباب المصلحة العامة التى تستهدف المساهمة تحقيقها ... ومن ثم لا وجه للنمى ببطلان المقدم بدعوى عدم افراغه فى ورقة رسمية »^(١) .

كما أنها فى حكمها الصادر فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٧١ (الطعن رقم ١٣٦٦ لسنة ٢٥ قضائية) تمود فتؤكد ذات الأحكام بصورة أكثر تفصيلا ، حيث تقرر أن تقديم أحد المواطنين قطعة أرض تبرعا مساهمة منه فى مشروع ذى نفع عام ، وقبول جهة الادارة وتسليمها الأرض ، هو « عقد يجمع مقومات عقد المساهمة فى مشروع ذى نفع عام وهو عقد ادارى يصعد بمقتضاه أحد الأشخاص ، برضائه واختياره ، بالمساهمة نقدا أو عينا فى نفقات مشروع من مشروعات الأشغال العامة أو المرافق العامة . وقد يكون المتعهد ذا مصلحة فى تمهده أو غير ذى مصلحة فيه . وقد يترتب التمهيد بموضع أو تبرعا ، وقد يكون تلقائيا من ذات المتبرع أو يطلب من جهة الادارة ، وقد يكون منجزا أو مشروطا . ومهما اختلفت صور هذا التمهيد وتباينت أوضاعه ، فهو يقوم على المساهمة الاختيارية فى مشروع ذى نفع

(١) وفى الموضوع قررت المحكمة الادارية العليا أن مقدم تقديم المعاونة الذى يلتزم أحد الأفراد بمقتضاه بتقديم قطعة أرض على سبيل التبرع اسهاما منه فى احدى المشروعات ذات النفع العام ، لا يستلزم التقيد فيه بأوضاع الهبة المدنية وشكلياتها . ومن ثم لا تعتبر الرسمية شرطا فى صحته وسلامته قانونا .

عام ، فهو عقد ادارى وثيق الصلة بمقود الأشغال العامة ،
يمتاز بخصائص العقود الادارية ، التى تنأى عن القواعد المألوفة
فى مجالات القانون الخاص ، ومن ثم فلا يتقيد فى شأنه اذا تم على وجه
التبرع بقواعد الهبة المقررة فى القانون المدنى وبالتالى ينأى عن
أوضاع الهبة المدنية وشكلياتها ، وليست الرسمية شرطا فى صحته
أو سلامته للقول بفسخ العقد المذكور استنادا الى أن الجهة الادارية
عدلت عن السير فى انشاء مشروع النفع العام لمضى مدة طويلة
ولقيامها بتأجير الأرض محل التبرع ، ذلك أن العقد وقد قام سليما
منتجا لجميع اثاره ، فان مابقى بعد ذلك ، وهو تمييز المشروعات
التى ستقام على الأرض محل التبرع أو تحديد الوقت المناسب للسير
فى انشائها ، أمر تترخص فيه الجهة الادارية وفقا للاعتبارات التى
تقدرها ، ومن بينها الاعتبارات المتعلقة بالميزانية ، بلا معقب عليها
من قبل المتبرع » .

٤ - هذا ويجرى مجلس الدولة الفرنسى على اعتبار عقد تقديم
المعاونة اداريا باستمرار اذا تعلق بتنفيذ أشغال عامة^(١) - ومرجع
ذلك الى أن القضاء الفرنسى يعتبر عقد الأشغال العامة اداريا
باستمرار ، ويعتبر عقد تقديم المعاونة اذا ما اتصل بأشغال عامة
من قبيل الأشغال العامة ، ويأخذ حكمها . أما اذا لم يتصل عقد
تقديم المعاونة بأشغال عامة ، بل بتنظيم مرفق عام «L'organisation
d'un service public» ، فإن القضاء الادارى فى فرنسا لا يعتبره
عقدا اداريا بتحديد القانون كما هو الشأن فى الحالة السابقة ، بل
يكون اداريا أو مدنيا بحسب خصائصه الذاتية^(٢) .

(١) قضاء مستقر ، حكم المجلس الصادر فى ٩ مارس سنة ١٩٠٦ فى قضية
«Gau-Bore» المجموعة ص ٢٢٥ مع تقرير المفوض روميو وفى ٩ يونيو سنة ١٩٤٨
فى قضية «Ville de Digne» المجموعة ص ٦٤١ .
(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٠٠ فى قضية «Lebonchere»
المجموعة ص ٦٢٥ ، وفى ٨ يوليو سنة ١٩١٠ فى قضية «Gervais et Ponolle»
المجموعة ص ٥٨١ .

وينتقد بعض الفقهاء التفرقة السابقة ، على أساس أن عقد تقديم المعاونة هو عقد إدارى باستمرار^(١) .

ولما كانت فكرة العقود الادارية بتحديد القانون لا محل لها فى مصر ، فان عقد تقديم المعاونة ، يكون عقدا اداريا بطبيعته وفقا للمميّار العام فى تمييز العقود الادارية .

(١) جيز ، مجلة القانون العام سنة ١٩٢٥ ص ٦٠٣ وراجع مؤلف الفقيه Gervais موضوعه : « des offres de concours » طبعة سنة ١٩٥٤ ، ص ٣٥ .

الفصل الخامس

عقد القرض العام

١ - وعقد القرض العام «Le contrat d'emprunt public» هو عقد بمقتضاه يقرض أحد الأفراد (أو البنوك) مبلغا من المال للدولة (أو لشخص ممنوى آخر من أشخاص القانون العام) مقابل تمهدها بدفع فائدة سنوية محددة ، ويرد القرض وفقا للشروط فى نهاية الأجل المحدد . والأصل أن يتم العقد برضاء الطرفين اختيارا . ومن ثم فإن الصفة العقدية بالنسبة للقروض العامة تصبح محل شك فى حالة القروض العامة الاجبارية لأنها تتم بإرادة السلطة العامة المنفردة « فالقروض العام الاجبارى ضريبية من حيث أنه مفروض على الأفراد فرضا لا اختيار فيه ، وان كان يحتفظ بصفته كقرض من حيث ما يدره من فوائد (وان تكن ضئيلة) وما يعطيه من حق (نظرى فى الغالب) فى استرداد قيمته »^(١) .

هذا وقروض الدولة فى فرنسا هى مع العقود التى تدخل المنازعات بشأنها فى اختصاص القضاء الادارى بنص القانون . ومن ثم فإنها تعتبر ادارية بتعدد القانون . ولهذا فقد ذهب رأى الى التمييز بين قروض الدولة وقروض غيرها من الأشخاص العامة ، وقصر الصفة الادارية على الأولى دون الثانية . ولكن الرأى الحديث يسوى فى هذا الصدد بين النوعين ، فيعتبر العقد فى الحالتين اداريا أو مدنيا وفقا لطبيعته الذاتية^(٢) وان كان الغالب أن قروض الدولة

(١) راجع ميزانية الدولة ، للدكتور محمد حلمى مراد ، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٥ ، ص ١٨٥ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٥ فى قضية «Benoist» مجلة القانون العام سنة ١٩٣٦ ص ١١٢ ، وحكمه فى ٩ يناير سنة ١٩٥٢ فى قضية «Gény» المجموعة ص ١٩ . وفى ٥ يناير سنة ١٩٥٥ فى قضية «Cie française des carburants» مجلة الادارة ، سنة ١٩٥٥ ص ٢٣ مع تعليق «Liot-Veaux» .

هى عقود ادارية - أما عقود الهيئات العامة الأخرى فانها تكون ادارية أو مدنية بحسب ما تحتوى عليه من شروط^(١) .

٢ - ولما كان القروض العام يؤدى الى تحميل الدولة بالتزامات مالية لآجال طويلة، وبشروط قد تكون مرهقة أوفى غير صالح الدولة، كما حدث فى مصر فى وقت من الأوقات ، فان القاعدة المسلم بها فى معظم الدول النيابية تحتم موافقة البرلمان على القروض العامة ، فيصدر قانون يخول الدولة التعاقد بشروط معينة لا تستطيع الحكومة مخالفتها . وبهذا المعنى صيغت الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ من دستور سنة ١٩٢٣ اذ تقول : « لا يجوز عقد قرض عمومى ولا تمهيد قد يترتب عليه اتفاق مبالغ من الخزانة فى سنة أو سنوات مقبلة الا بموافقة البرلمان » وقد وردت هذه الفقرة بحالتها ، مع تعديل طفيف فى صياغتها ، تحت رقم ٩٦ من دستور سنة ١٩٥٦ اذ تقول : « لا يجوز للحكومة عقد قرض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه اتفاق مبالغ من خزانة الدولة فى سنة أو سنوات مقبلة الا بموافقة مجلس الأمة » ثم وردت هذه المادة حرفياً تحت رقم ٧٢ من دستور سنة ١٩٦٤ ، كما وردت فى صياغة مقاربة برقم ١٢١ من دستور سنة ١٩٧١ حيث تقول : « لا يجوز للسلطة التنفيذية عقد قروض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه اتفاق مبالغ من خزانة الدولة فى فترة مقبلة الا بموافقة مجلس الشعب »^(٢) .

(١) حكم المجلس فى ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٨ فى قضية «De Lestrae» المجموعة ٣٨٧ وحكمه فى ١٤ مايو سنة ١٩٤٣ فى قضية «Cne de Joinville-le-Pont» :الوزن سنة ١٩٤٣ ص ٧٤ .

(٢) الواقع أنه لابد من انتظار التقاليد الدستورية الجديدة لمعرفة ما اذا كانت «وافقة مجلس الشعب فى الحالات التى يتطلب فيها الدستور تلك الموافقة تأخذ صورة القانون ، أو يكتفى بمجرد الموافقة التى لا تفرغ فى شكل قانون .

هذا وقد أبرزت فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى رقم ٢٦٣ الصادرة فى ١٩٥٩/٤/٢١ (مجموعة أبو شادى ، ص ٤٢٧) حكمة موافقة البرلمان على القرض بقولها : « وحكمة هذه النصوص أن القرض التزام خطير بالغ الأثر فى أموال الدولة ، وله ارتباط وثيق بمبدأ فرض الضرائب ، وذلك أن كل قرض هام يقتضى فى الغالب فرض ضرائب لأدائه ، وكذلك الحكم بالنسبة الى الالتزامات التى يترتب عليها اتفاق مبالغ من خزانة الدولة فى سنة أو سنوات مقبلة ، فمثل هذه =

وضرورة موافقة البرلمان على عقد القرض العام ، سواء تمت هذه الموافقة فى صورة قانون أو فى غير صورة القانون ، لا يغير من طبيعة العقد بعد إبرامه ، فسبق صدور هذه الموافقة هو من إجراءات التعاقد ، كما أن موافقة البرلمان على عقد القرض ليس له صفة الالتزام ، بمعنى أن الحكومة تستطيع أن تعدل عن إبرام القرض إذا رأت أن المصلحة العامة فى ذلك • وإذا كان من اللازم أن يصدر قانون بأجازة الاقتراض العام فى كل حالة على حدة ، فإن المشرع قد يصدر قانونا بتحويل الإدارة حق الاقتراض فى حدود معينة ، وطبقا لشروط محددة • ومن أوضح الأمثلة على ذلك القوانين المنظمة للإدارة المحلية فى مصر ابتداء من القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٦٠ حتى القانون الحالى رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ (المعدل) فالمادة ١٥ من هذا القانون الأخير تقضى بأنه « مع مراعاة عدم الإخلال بحكم المادة ١٢٩ من القرار بقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩^(١) ، يجوز للمجلس الشعبى المحلى للمحافظة - فى حدود الخطة والموازنة المعتمدة - أن يقترض للقيام بمشروعات إنتاجية أو استثمارية لازمة للمحافظة أو للوحدات المحلية فى نطاقها ، بشرط ألا يجاوز حد الديونية ٤٠٪ من المجموع السنوى للإيرادات الذاتية للمحافظة أو للوحدة المحلية التى تنشأ فيها هذه المشروعات • ولا يجوز زيادة النسبة المشار إليها أو الاقتراض من جهة أجنبية إلا بموافقة رئيس مجلس الوزراء » • كما ورد النص على حق الوحدات المحلية الأخرى فى المادة ٤٣ فقرة خامسة النسبة للمركز ، والمادة ٥١ فقرة حادى عشر بالنسبة للمدينة ، والمادة ٦٩ فقرة ٧ بالنسبة للقرية ، وقد جاءت الصياغة موحدة فى جميع هذه الفقرات ، حيث تقول : « القروض التى

= الالتزامات تنطوى على معنى الاستدانة - ويجب اعمالا لمبدأ رقابة السلطة التشريعية فى الشئون المالية أن توافق هذه السلطة على تلك الالتزامات ، وذلك سواء ارتبطت الحكومة بنفسها مباشرة - أو كان الارتباط بطريق غير مباشر فى حالة ارتباط بعض الهيئات العامة بمشروعات مستقلة تضمن الحكومة الوفاء بالتزاماتها • (١) تقضى المادة المشار إليها بما يلى : « لا يجوز لوحدات الإدارة المحلية إبرام أى قرض أو الارتباط بأى مشروع غير وارد فى الخطة أو الموازنة إذا كان يترتب عليه اتفاق مبالغ فى فترة مقبلة إلا بعد موافقة مجلس الشعب وذلك مع مراعاة أحكام المادة ١٥ » •

يمعدها المجلس » . فالغرض والاقتراض في هذه الحالة لا يمرض على البرلمان ، اكتفاء بموافقة المجالس المحلية وهي بمثابة برلمانات محلية من ناحية ، ولأن ثمة وصاية إدارية تمارسها جهات الإدارة المركزية على اختصاص المجالس في هذا الشأن مع ناحية أخرى ، وإن كان المشرع - كما رأينا - قد تطلب موافقة مجلس الشعب في بعض الحالات . (مادة ١٢٩ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ المعدل ، وقد أوردناها فيما سلف) .

٣ - هذا ولما كان التعديل الدستوري الأخير (١٩٨٠) ، قد نص صراحة على أن « الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع » ولما كانت الشريعة الإسلامية تحرم المعاملات الربوية ، فقد دفع بعض المواطنين أمام القضاء الإداري بعدم دستورية التشريعات والقرارات التي تفرض فائدة معينة على المدين . ولكن المحكمة الإدارية العليا في أحكامها الحديثة ، رفضت هذا الدفع ، فهي في حكمها الصادر في ٣ أبريل سنة ١٩٨٢ (الطعن رقم ٣٣٦ لسنة ٢٦ القضائية ، والطعن رقم ١٦١٠ لسنة ٢٦ قضائية) تقرر أن النص الوارد في الدستور بأن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع « هذا الخطاب موجه إلى السلطة التشريعية » . وإلى أن يبتثق النظام التشريعي الكامل ، ويستكمل قوته الملزمة ، فإن التشريعات السارية في الوقت الحاضر تظل نافذة ، بحيث يعمين على الحاكم تطبيقها توصلاً للفصل في المنازعات التي ترفع إليها . ولو قيل بغير ذلك لادى الأمر إلى تضارب الأحكام ، واضطراب ميزان العدالة ، مع المساس في ذات الوقت بأحد المبادئ الأصلية ، وهو مبدأ الفصل بين السلطة » . وقد أعادت المحكمة تأكيد هذا المبدأ في حكمها الصادر في ١٣ يونيه سنة ١٩٨٢ (الطعن رقم ١٦١٠ لسنة ٢٦ قضائية)^(١)

(١) وفي هذا الحكم أرست المحكمة مبدأ جديداً بمقتضاه أن الموظف لا يلتزم بدفع فوائد عن مبالغ صرفت له خطأ « أخذاً في الاعتبار ، ما جرى عليه القضاء الإداري بالمقابلة لذلك من عدم التزام الحكومة بفوائد مبالغ المرتبات والبدلات التي يقضى بها قضائياً ، بالتطبيق لأحكام القوانين واللوائح متى تأخرت الجهة الإدارية في صرفها لمن يستحقها من العاملين » .

الفصل السادس

عقود البيع والشراء التي تبرمها الادارة

لاحتوى هذه العقود على خصائص ذاتية في مجال دراسة النظرية العامة للمقد الادارى . ومع ذلك فاننا نشير الى بعض الملاحظات الخاصة بها .

الفرع الأول

عقود الشراء التي تبرمها الادارة

وعقود الشراء التي تبرمها الادارة «Les achats de l'administration» اما أن تنصب على منقولات أو عقارات :

فإذا ما انصبت على منقولات : «Les achats d'objets mobiliers» فان المقد هنا يكون عقد توريد ويخضع للأحكام العامة التي أوردناها فيما سلف .

وإذا ما تناولت عقارات : «Les achats immobiliers» فان العقد يكون اداريا أو مدنيا وفقا لخصائصه الذاتية وبالتطبيق للقواعد العامة التي أوردناها عند دراسة معيار العقود الادارية ، وان كان الغالب في قضاء مجلس الدولة الفرنسى أنه يعتبرها عقودا خاصة . ومن أوضح الأمثلة على ذلك حكمه الصادر في ١٣ يوليو سنة ١٩٣٨ في قضية «Sieur Batté» والذي جاء فيه أن شراء البلدية لأحد المقارات هو بطبيعته من عقود القانون الخاص^(١) .

(١) المجموعة ص ١٠٠٤ ، وقد جاء فيه وصفا لشراء الادارة لذلك المقار قوله :
«De sa nature un contrat de droit civil qui n'en demeure pas moins tel alors même qu'une commune y figure comme partie.»

وراجع حكم التنازع الصادر في ٣٠ يونيو سنة ١٩٣٠ في قضية (Bayer) دالوز سنة ١٩٣١ القسم الثالث ص ٢٣ مع تعليق (Appleton) وحكم المجلس الصادر في ٧ يناير سنة ١٩٥٥ في قضية «Biancamaria»
«Actual. Jur. 1955, II. P. 168»

الفرع الثانى عقود البيع التى تبرمها الادارة

١ - لأصل فى عقود البيع التى تبرمها الادارة «Les ventes de l'administration» أنها من عقود القانون الخاص ، فعقد البيع هو من العقود المسماة فى القانون الخاص ، والتجاء الادارة اليه هو بمثابة الاعلان عن نيتها فى استعمال وسائل القانون الخاص * ومن ناحية أخرى فان المال العام كما هو معلوم لا يقبل التصرف فيه «inaliénable» ، ومن ثم فان البيع ينصب عادة على مال من أموال الدومين الخاص^(١) . ولهذا فان مجلس الدولة الفرنسى يلتزم فى وصه هذه العقود صيغة تقليدية تجرى على النحو التالى :

«Cons. que les ventes d'objets mobiliers appartenants à l'Etat sont des contrats de droit commun».

ولقد التزمت محكمة القضاء الادارى المصرية فى حكمها الصادر فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (فى القضية رقم ٨٧٠ لسنة ٥ قضائية) صياغة مشابهة واستندت الى الأسباب التى أشرنا اليها حيث تقول ، بعد أن أوردت معيار تمييز العقود الادارية والذى ذكرناه أكثر من مرة « ... وليس فى نصوص هذه العقود (بيع ثمار الحدائق المملوكة للادارة) أى خروج على أسلوب القانون الخاص ، ولا علاقة لتلك العقود بتسيير مرفق عام ، وانما تنصرف العقود الثلاثة ... الى استغلال الدولة للدومين المملوك لها ملكا خاصاً تنصرف فيه على شاكلة الأفراد عندما يتصرفون فى أموالهم تصرف السيد فى ماله «de jouer et disposer en maître de ses biens» وفقا لقواعد القانون المدنى * ومن المسلم به أن عقد البيع هو أهم العقود المسماة وأقدمها زمناً ، وأكثرها ذيوعاً ولعله أبرز عقود القانون الخاص ، فخصص له المشرع الفصل الأول من الكتاب الثانى من التقنين المدنى الجديد

(١) راجع من أمثلة ذلك القانون رقم ١٠٩ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها .

(المواد فيما بين ٤١٨/٤٨١) وهو بذلك يخرج عن ولاية هذه المحكمة لتستقل بالنظر في المنازعات المترتبة عليه المحاكم المدنية ذات الولاية العامة في المسائل المتفرعة عن القانون الخاص . . . »
وبذات الصياغة صدر حكم المحكمة الادارية العليا في ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٥٥٧) في خصوص بيع أحد المرافق العامة كمية من الزلط التي يملكها ، وقد سبق أن أشرنا اليه عند دراسة معيار تمييز العقد الادارى .

على أننا وجدنا تطبيقاً محل نظر في حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٥٤٩) فقد قامت الادارة ببيع أنقاض أحد المباني الحكومية . وعند التنفيذ تبين أن الأنقاض المباعة تحتوى على بعض الأعمدة الرخامية الأثرية ، فاستولت عليها مصلحة الآثار . وثار نزاع بشأن استنزال قيمتها من ثمن الأنقاض . ولم يشر نزاع بشأن طبيعة العقد لا أمام محكمة القضاء الادارى ، ولا أمام المحكمة الادارية العليا ، مما يستتج منه أن جهتي القضاء قد اعتبرنا العقد اداريا ، مع أن بيع الأنقاض لا يحتوى على شروط استثنائية ، ولا صلة له بالمرفق العام ، فهل نظر الى العقد من زاوية الهدم ، على أساس أنه من قبيل الأشغال العامة ؟

٢ - على أنه اذا كان الأصل العام هو ما سبق ، فإن بعض عقود البيع التي تبرمها الادارة تعتبر ادارية اذا ما تجلت نية الادارة في الأخذ بوسائل القانون العام عن طريق ادراج شروط استثنائية وغير مألوفة في العقد ، أو اذا ما كان المرفق العام الذى تتصل به تلك العقود يؤدي خدماته فى ظروف خاصة تستلزم استعمال وسائل القانون العام «conditions particulières de fonctionnement du service»

ومن أوضح الأمثلة على ذلك البيوع التي يبرمها مرفق التموين «Les service de ravitaillement» مع الجمهور أثناء الحرب . وما ذلك الا تطبيق للقواعد العامة فى هذا الصدد .

(١) مطول دى لوبادير فى العقود ، المرجع السابق ، ص ١٣٧ .

الفصل السابع

«Les contrats de location» عقود الإيجار

وهذه العقود متنوعة ، ويحسن هنا أن نميز بين حالة ما إذا كانت الإدارة هي المستأجرة أو المؤجرة .

أولا : الإدارة هي المستأجرة : «Locations faites à l'administration»

ووفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي ، فالأصل في هذه العقود ، حتى ولو تعلقت بتسيير مرفق عام مباشرة ، أنها تعتبر من عقود القانون الخاص ، ما لم تتضمن شروطا استثنائية وغير مألوفة . وقد سبق أن رأينا تطبيقا لذلك في حالة تأجير السفن للإدارة عند التعريف بمقد النقل .

وقضاء مجلس الدولة الفرنسي غني في هذا الصدد فيما يتعلق بتأجير الإدارة لمقاربات بقصد تخصيصها للمرافق العامة المختلفة ، إذ يجرى في هذا الخصوص على اعتبار هذه العقود من عقود القانون الخاص ما لم تحتو على شروط استثنائية وغير مألوفة ، وهذا نادر الحدوث عملا^(١) .

ثانيا - الإدارة هي المؤجرة : «Location faites par l'administration»

وهنا أما أن يرد الاتفاق على عين تتبع الدومين الخاص للإدارة فيكون العقد عقدا خاصا كما سبق أن ذكرنا^(٢) ، وأما أن يرد العقد

(١) حكم التنازع الصادر في ٤ يونيو سنة ١٩١٠ في قضية «Cie Le Soleil» مجموعة سيري سنة ١٩١٢ القسم الثالث ص ١٥٤ مع تقرير المفوض «Feuilloley» وحكمها في ٢ فبراير سنة ١٩٥٠ في قضية «Gaufrereau» المجموعة ص ٦٥١ . وحكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٣ فبراير سنة ١٩٤٢ في قضية «Ville de Sariat» مجلة القانون العام سنة ١٩٤٣ ص ٣٤٩ مع تقرير المفوض «Léonard» وتعليق يونار . وراجع حكم النقض الصادر في ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ في قضية «office national du Tourisme» دالوز سنة ١٩٣٩ القسم الأول ص ١٠١ ، مع تعليق فالين .

(٢) حكم النقض الفرنسي الصادر في ٢٥ مارس سنة ١٩٥٠ في قضية : «Sté Bordeaux, Algérie. Corbières» دالوز سنة ١٩٥٠ ص ٤١٧ =

على عين من أسواق الدومين العام ، وهنا يوجد احتمال العقد الإدارى . ولما كان لهذا الموضوع أهمية خاصة فى القانون المصرى كما سنرى فيما بعد ، فإننا نوليه شيئا من التفصيل : كان رأى الغالب فقها حتى سنة ١٩٣٨ أن الاتفاقات التى يتضمن محلها شغلا لمال عام «Comportant occupation du domaine public» تعتبر عقودا إدارية باستمرار وفقا لمحلها ، لأن المال العام يخضع لنظام استثنائى ، ولو أن صياغة بعض الأحكام التى صدرت من مجلس الدولة الفرنسى كانت توحي باحتمال وصف تلك العقود ، بأنها من عقود القانون الخاص^(١) .

ولكن المشرع تدخل سنة ١٩٣٨ فى هذا المجال ، وأصدر مرسوما بقانون (فى ١٧ يونية) جمل بمقتضاء المنازعات المتعلقة بتلك العقود من اختصاص القضاء الإدارى . وبالرغم من هذا النص ، فقد ترددت المحاكم القضائية قليلا ، حتى تدخلت محكمة التنازع وحسمت هذا الموضوع على سبيل الاطلاق^(٢) .

وهذا ما يردده مجلس الدولة الفرنسى فى أحكامه الحديثة باستمرار ، ومنها على سبيل المثال حكمه الصادر فى ٢٩ أبريل سنة ١٩٥٠ فى قضية^(٣) «Sté. pour le traitement industriel des produits de l'Océan» وقد جاء فيه : « وحيث أنه يتجلى بوضوح ، سواء من نصوص المرسوم بقانون الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٣٨ أو من أعماله التحضيرية ، أن العقود التى تتضمن شغلا للمال العام ، أيا كان

= راجع حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ٢٢ مارس سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٢٥٦) حيث تقول : « تأجير إحدى الجهات الإدارية لقطعة أرض من أملاكها الخاصة إلى أحد الأفراد لأقامة مصنع عليها لا يعتبر عقدا إداريا » .

(١) راجع على سبيل المثال حكم المجلس الصادر فى ٧ فبراير سنة ١٩٢٥ فى قضية : «Ch. de fer de l'État» المجموعة ص ١٤٧ .

(٢) حكم التنازع الصادر فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٢ فى قضية «Sté méditerranéenne de combustibles» مجموعة سبرى سنة ١٩٤٢ القسم الثالث ص ٢٩ مع مذكرة لستر .

(٣) المجموعة ص ٢٣٩ .

شكلها أو تسميتها ، تكتسب الصفة الادارية ، وتخرج بالتالى من اختصاص القضاء العادى ومن نطاق القانون الخاص « . »

ويظهر من هذا الحكم بوضوح ، أن نص المرسوم بقانون المشار اليه ، هو نص كاشف . بمعنى أن العقود التى تتضمن شغلا للدومين العام هى عقود ادارية بطبيعتها ، بالرغم من نص القانون عليها صراحة . وهذا هو ما يدافع عنه معظم الفقهاء أيضا^(١) . وعلى الأساس السابق اعتبر القضاء الادارى الفرنسى عقودا ادارية ، الاتفاقات التى تبرمها الادارة مع الأفراد بقصد شغل جزء من شاطئ البحر لبناء كبائن للاستحمام^(٢) أو لاقامة معدّات لبعض الشركات فى الموانئ العامة^(٣) . وكذلك الشأن فى تأجير الادارة لقطعة من أرض الدومين العام لأحد الأفراد لاقامة سلخانة^(٤) وتخصيص أجزاء معينة من الأسواق العامة للبيع^(٥) أو مساحات محددة من الجبانات العامة كمدافن لبعض الأفراد « concessions funéraires »^(٦) . الخ .

الاتفاقات التى تتضمن شغلا للمال العام فى مصر : علمنا مما سبق أن اختصاص القضاء الادارى المصرى فى موضوع العقود الادارية هو اختصاص مستحدث بدأت نواته سنة ١٩٤٩ ، ولم يتكامل الا سنة ١٩٥٥ ، وبالتالي فانه من المتعين أن يرجع فى هذا الموضوع قبل التاريخ المشار اليه الى قضاء المحاكم العادية . وموقف القضاء العادى فى هذا الخصوص له دلالة لا يمكن اغفالها فى هذا

(١) دى لوبادير ، المرجع السابق ، ص ٤٧ . وراجع للفتية « Charlier » بعثه بعنوان : « Les contrats comportant occupation du domaine publié après le décret du 27 Juin 1938 » منشور فى مجموعه سنة ١٩٤٣ القسم الأول ص ٣٧٢ . وتطبيق فالين المنشور فى مجموعة دالوز سنة ١٩٤٤ ص ١٧ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ فى قضية « Montagne »

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٢١ يناير سنة ١٩٤٩ فى قضية « Cie général frigo-rifique »

(٤) حكم المجلس الصادر فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ فى قضية « Ste. général des adattoirs municipaux de France »

(٥) حكم محكمة ليل الادارية فى ١٢ يوليو سنة ١٩٥٠ ، دالوز سنة ١٩٥٠ ، ص ٧٢٥ .

(٦) راجع مؤلف بيكينو ، المرجع السابق ص ١٢ .

المجال ، ذلك أن المعاكم القضائية أنكرت بصفة عامة - كما ذكرنا - المبادئ الإدارية في مجال المقود الادارية لتقيدها بنصوص القواعد المدنية . ولما كانت الاتفاقات التي تتضمن شغلا للمال العام ، تصطلح بالقواعد المنظمة للمال العام ، فيما لو طبقنا قواعد القانون المدني عليها، فإن الأمر انتهى بالمعاكم المدنية - وعلى رأسها محكمة النقض - الى انكار الصفة التعاقدية على الاتفاقات السابقة ، واعتبرتها مجرد تراخيص ، أى قرارات ادارية . ومن أوضح الأمثلة على ذلك حكم النقض المصرى الصادر فى ١٣/١١/١٩٤٤ والذى جاء فيه « ان تصرف السلطات الادارية فى الأملاك العامة لانتفاع الأفراد بها لا يكون الا بترخيص . والترخيص يحكم طبيعته معين الأجل ، غير ملزم للسلطة المرخصة ، التي لها دائما لداعى المصلحة العامة ، الحق فى الفائه والرجوع فيه قبل حلول أجله . . . ان اعطاء الترخيص ورفضه والفائء والرجوع فيه كل أولئك أعمال إدارية بحكم القانون العام ، و صدور الترخيص مقابل رسم لا يمكن أن يخرج عن طبيعته ولا يجعله عقد ايجار عادى خاضع لأحكام القانون المدني^(١) . . . » .

والتكييف الذى قالت به محكمة النقض ، يمكن الادارة من أن تفرض ارادتها على الطرف الآخر دون حاجة لموافقتها ، وعلى خلاف قاعدة « العقد شريعة المتعاقدين » .

وظلت محكمة النقض المصرية على رأيها حتى بعد صدور قانون مجلس الدولة الثانى (سنة ١٩٤٩) والى قبيل صدور القانون الثالث (سنة ١٩٥٥) والذى جعل الاختصاص المطلق بالمنازعات الادارية للقضاء الادارى . ولا أدل على ذلك من حكمها الصادر فى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٥ والذى يتعلق موضوعه بتأجير « بوفيه محطة سكة حديد حلوان وملحقاتها » لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد .

(١) مجموعة رسمية سنة ١٩٤٦ ، ص ١٤٢ . وراجع حكم محكمة مصر الكلية الأهلية الصادر فى ٧ مارس سنة ١٩٣٨ ، بشأن شغل مساحات معينة داخل الأسواق العامة المملوكة للحكومة وراجع حكم استئناف مصر الصادر فى ٢٤/١١/١٩٤٦ مجموعة رسمية سنة ١٩٤٩ ص ٢٥٩ ، وهو ينقضى صفة العقد عن تصريح مصلحة السكة الحديد بإقامة بوفيهات فى محطاتها .

فقد حدث بعد صدور الأمر العسكري المنظم لعلاقة المؤجر بالمستأجر أن أخطر المستأجر الادارة برغبته فى تجديد العقد . ولكن الادارة أخطرتة بعدم رغبتها فى تجديده ، وأنذرتة بأشهار مزااد استغلال البوفيه ، وقد تم ذلك فعلا ورسا المزااد على آخر . ولكن المستأجر الأول رفض اخلاء المين . ولما رفع الأمر الى القضاء قضى الحكم الابتدائى والاستئنافى باعتبار الاتفاق عقد ايجار يخضع لأحكام الأمر العسكري وما لحقه من قوانين منظمة لعلامة المؤجرين بالمستأجرين ، وبالتالي بعدم جواز الاخلاء لزيادة الأجرة . فطلعت الادارة بالنقض استنادا الى أن « . . . العقد محل النزاع واضح الدلالة على أن الطاعنة لم تكن تنشد استغلال المقصف بقصد التجارة ، وانما كانت تقصد تأدية مصلحة عامة هى خدمة المسافرين فى قطاراتها بتوفير ما يحتاجون اليه فى أسفارهم من طعام وشراب بأسعار معتدلة ، وهو بهذه المثابة لا يمدو أن يكون ترخيصا للارتفاع بملك عام ، فهو مؤقت بطبيعته وغير ملزم للسلطة المرخصة التى لها دوما ولداعى المصلحة العامة الحق فى الفائه والرجوع عنه ولوقبل حلول أجله . . . » وبهذا الوصف أخذت محكمة النقض حيث تقول : « . . . ومن حيث ان هذا النعى فى محله ، ذلك لأن العبرة فى تكييف العقد محل النزاع ، والتعرف على حقيقة مرماء وتحديد حقوق الطرفين فيه ، انما هو بما تضمنه هذا العقد وما حواه من نصوص . فاذا كان يبين من نصوصه أنه وان وصف بأنه عقد ايجار الا أنه يتضح من مجموع نصوصه وما فرضه من التزامات أنه ألزم المستأجر بتهيئة المقصف وتزويده بما يلزم من طعام وشراب سدا حاجة الجمهور ، مع مراعاة الشروط الصحية وبأسعار محددة فى قائمة مرافقة للعقد ، وأن يخضع لما تحدده المصلحة من أثمان لم ترد بالقائمة ، وأن يبيع معروضاته لعمال المصلحة بنصف القيمة المحددة وأن ينفذ ما يصدر اليه من أوامر فى شأن ادارة المقصف وألا يتولى ادارته الا من توافق عليه الطاعنة ، مع تحديد عدد المستخدمين ورفت من ترى رفعتهم ، وأن يمكن لموظفى المصلحة من التردد لمراقبة تنفيذ (پ - ١١ العقود الادارية)

شروط العقد الى آخر القيود المبينة بالعقد المذكور^(١) دل هذا بوضوح على أن هذا العقد لا يصح اعتباره عقد ايجار . . . لأنه يبين من هذه القيود ومرماها أن الطاعة في تعاقدها مع المطمون عليه لم تكن تنشأ استغلال محل معد للتجارة ، انما تبقى من وراء ذلك أولا وبالذات تحقيق مصلحة عامة هي خدمة المسافرين في قطاراتها ليلا ونهارا بتوفير ما يحتاجون اليه في اشفارهم من طعام وشراب وياسمار معتدلة . فهو التزام بأداء خدمة عامة . . . ومن ثم فالحكم المطمون فيه اذ اعتبر العقد محل النزاع - رغم صراحة نصوصه ودلالاتها على الغرض من ابرامه - عقد ايجار يخضع لأحكام الأمر العسكري رقم ٣١٥ وما تلاه من قوانين . . . يكون قد أخطأ في تكييف هذا العقد^(٢) .

ولما كان اختصاص مجلس الدولة المصري في مجال العقود الادارية لم يكتمل الا سنة ١٩٥٥ - كما ذكرنا - فقد وجد نفسه مسوقا في أول الأمر الى اعتناق مذهب المحاكم القضائية ، فاعتبر الاتفاقات التي ترد على المال انعام بمثابة تراخيص ، أى قرارات ادارية . ومن أمثلة قضائه السابق الترخيص بشغل اكشاك الاستعمام المملوكة للبلديات^(٣) ، والترخيص لأحد التجار بشغل محل بسوق الخضار لمدة معينة^(٤) .

وقد دافعنا عن هذا التكييف احتراما لقواعد الاختصاص ، التي كانت تجمل المنازعات المتعلقة بهذا الموضوع من اختصاص المحاكم

(١) وكل هذه الشروط التي أبرزتها المحكمة تعد شروطا استثنائية غير مألوفة بما يميز العقود الادارية . وسنرى أن محكمة القضاء الادارى المصرية ، في قضائها الحديث ، قر استندت الى مثل هذه النصوص في حالة مماثلة تماما للقول بأن الاتفاق يتضمن عقدا اداريا كما سيأتى بعد قليل .

(٢) مجموعة أحكام النقض المدنية ، السنة السادسة ، ص ١٤٨٠ (العدد الرابع) .

(٣) حكه الصادر في ٣ مارس سنة ١٩٥٢ ، مجموعة أحكام المجلس السنة السادسة ص ٦٠٠ .

(٤) حكم المجلس الصادر في ٧ فبراير سنة ١٩٥٤ ، مجموعة أحكام المجلس السنة الثامنة ص ٦٠٨ .

القضائية ، وهى المقيدة بالقواعد المدنية كما ذكرنا . ولكن بعد أن عدلت قواعد الاختصاص ، فقد عدلنا عن ذلك التكييف ، وطالبنا باعتبار الاتفاقات السابقة من قبيل العقود الادارية « لأن المبادئ التى تحكم العقود الادارية ، لا تقيد الادارة بدرجة القواعد المدنية ، بل تمكنها من أن تحقق مقتضيات الصالح العام بإرادتها المنفردة ، كما أن اعتبار تلك التصرفات من قبيل العقود الادارية يضىء بمض الشباف والاستقرار على مراكز الأفراد الذين يتعاملون مع الادارة . وقد يتكلفون مبالغ كبيرة فى اقامة منشآت على المال العام موضع الاتفاق . ومن ناحية أخرى فان اعتبار الاتفاق من قبيل العقود الادارية يغول القاضى عند نظر النزاع ، سلطات أوسع من تلك التى يتمتع بها قاضى الالغاء . فهذا التكييف يوفق - عندنا - بين الصالح العام وصالح الأفراد على السواء^(١) » . وقد حدث ما توقعناه ، اذ عدلت محكمة القضاء الادارى المصرية فعلا عن التكييف السابق ، وأضفت على تلك الاتفاقات وصفها الصحيح . ولعل أول حكم لها فى هذا الصدد ، هو حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (فى القضية رقم ٢٢٢ لسنة ١٠ قضائية) وهو يتعلق بتأجير مقصف وقد جاء فيه : « ومن حيث أنه يبين من الاطلاع على العقد المبرم بين محكمة القاهرة الابتدائية الشرعية وبين المدعى عليه ، وهو العقد محل النزاع ، أنه وان وصف بأنه عقد ايجار الا أنه فى حقيقته وجوهره عقد تقديم خدمات لمرفق من المرافق العامة ، وهو مرفق القضاء ، اذ يلتزم المدعى عليه طبقا لشروطه بتهيئة المقاصف الموجودة بالمحاكم واعدادها لخدمة موظفى المحاكم وجمهور المتقاضين وتقديم ما يلزمهم من المشروبات والمرطبات والمأكولات بأسعار محددة مرافقة للعقد ، على أن يكون لجهة الادارة حق زيادتها أو تخفيضها وأن يقدم لموظفى ومستخدمى المحكمة بمض المشروبات بأثمان مخفضة ، وأن يلتزم المدعى عليه بتنفيذ أمر الجهة الادارية المتعاقد معها اذا رأت

(١) مؤلفنا ، مبادئ القانون الادارى ، الطبعة الثانية ، ص ١٩٨ - ١٩٩ . ومعارضتنا التى القيناها (ولم تطبع) على طلبة معهد العلوم الادارية والمالية سنة ١٩٥٦/١٩٥٥ فى موضوع العقود الادارية .

فصل أحد العمال لعدم نظافته أو سوء سلوك أو لأي سبب كان ، كما اشترط في العقد أن للمحكمة الحق في التفتيش على المقاصف والعمال في أى وقت والأمر بإجراء النظافة واستبدال الغير لائق من المعدات على حساب المدعى عليه إذا قصر في هذا الشأن ، وكذلك نص في العقد على حق المحكمة في فسخ العقد والاخلاء دون حاجة الى تنبيه أو اذار ، وهذه كلها شروط غير مألوفة في العقود الخاصة المماثلة .

« ومن حيث انه على مقتضى ما تقدم يكون العقد سالف الذكر قد اتسم بالطابع المميز للعقود الادارية من حيث اتصاله بمرفق عام ، وأخذ به بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط استثنائية ... » . ويلاحظ تشابه التسبب في هذا الحكم وفي حكم النقص الصادر في ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٥ ، والذي سبق أن أشرنا اليه رغم اختلاف النتيجة التي انتهى اليها كل من المحكمتين .

هذا ولقد اعتمدت المحكمة الادارية العليا هذا القضاء في حالة تتعلق بترخيص مصلحة الآثار لأحد الأفراد بشغل قطعة أرض من أملاك الدولة العامة لاستعمالها منشئ سلال وجلود ، وذلك لمدة سنة تجدد من تلقاء نفسها لمدة أخرى ما لم يعلن أحد الطرفين الآخر بعدم رغبته في التجديد قبل انقضاء المدة بشهر واحد ، ومع حفظ حق الحكومة في الغاء الترخيص في أى وقت كان . فبالرغم من وصف الانتفاع الخاص في هذه الحالة بأنه ترخيص ، فقد رأت المحكمة الادارية العليا أنه « اصطبح بصيغة العقد الادارى ، لا القرار الادارى ... ولا يغير من ذلك وصف هذا العقد بأنه ترخيص ، أو أن المبلغ المقابل للانتفاع هو رسم ... لأن الحكومة حين خصت (المنتفع) بجزء من الملك العام ، فانها كانت مستغلة لهذا الجزم باعتبارها مالكة له تحكمها قواعد القانون العام ... ولم يكن ذلك اقصاحا عن الارادة الملزمة ، بل نتيجة لاتفاق تبادل فيه الطرفان الحقوق والواجبات » ثم استلزمت المحكمة تضع قاعدة في هذا الشأن حيث تقول : « غنى عن البيان أن العقد الذى يكون محله الانتفاع بمال عام ، هو بطبيعته من العقود التي تخضع لأحكام القانون العام ،

لأنها توافق طبيعة المال العام ، لاتصالها الوثيق بمقتضيات النفع العام » . (حكمها الصادر فى ٣١ مارس سنة ١٩٦٢ ، السنة ٧ ص ٥٣٥) . ونريد أن نختم هذا الموضوع بالملاحظات الآتية :

الأولى : أن حكم الخضاء الإدارى السابق - وكذلك حكم النقض - قد استند الى الشروط الاستثنائية الواردة فى العقد لانكار صفته المدنية . وهذا صحيح من الناحية النظرية المجردة ، باعتبار أن هذه الشروط - بجوار الشروط الأخرى - هى الطابع المميز للمقود الإدارى كما رأينا . ولكن الحقيقة أن المقود التى ترد على المال العام لا يمكن أن تكون مدنية بحال من الأحوال ، فهى عقود إدارية باستمرار ، لأن من خصائص المال العام - المسلم بها تشريعا فى مصر - أنه لا يمكن التصرف فيه ، بمعنى أنه لا يمكن أن يكون محل تصرفات مدنية ، ومنها عقود الإيجار فى القانون الخاص ، لأن مثل هذه الاتفاقات المدنية لا تتفق والفرض الذى خصص من أجله المال العام وهو الاستعمال العام . ولهذا فقد اعتبر الفقه والقضاء فى فرنسا أن المرسوم بقانون الصادر سنة ١٩٣٨ ، لم يستحدث جديدا ، وإنما كشف عن الطبيعة الإدارية لهذه المقود ، وهو ما سلمت به المحكمة الإدارية العليا فى حكمها الذى سبقت الإشارة اليه .

الثانية : أنه اذا كان الاتفاق الذى يكون موضوعه شغل مال عام يعتبر عقدا إداريا باستمرار ، فإن ذلك لا معنى بحال من الأحوال منع الإدارة من الالتجاء الى فكرة التراخيص . فالمعقد الإدارى - مهما كانت السلطات التى يغولها للإدارة كما سنرى فيما بعد - يتضمن قيودا تحد من سلطة الإدارة بمضى الشيء . ولهذا فقد ترى الإدارة أن تحتفظ بسلطتها كاملة ، بأن تجعل الانتفاع الخاص بالمال العام يتخذ صورة ترخيص يصدر بقرار إدارى منها ، كما أن لها أن تفرغ الاتفاق فى صورة عقد إدارى . ويكون مرجع التفرقة بين الحالتين الى نية الإدارة ، وهى مسألة يستشفها القضاء فى كل حالة على حدة ، وذلك فى حالة عدم وضوح نية الإدارة . أما اذا

كانت نية الادارة قاطعة فى اتباع أسلوب الترخيص ، فليس للقضاء الادارى أن يعقب على هذه الارادة .

والنظام القانونى لنوعى الاستعمال الخاص للمال العام مختلف تماما : فاذا ما اعتبرناه عقدا ، فانه يخضع للمبادئ التى تحكم العقود الادارية والتى سنعرض لها تفصيلا فى هذا المؤلف . أما اذا اعتبرناه ترخيصا ، أى قرارا اداريا ، فان الادارة تتمتع فى مواجهة المرخص له بسلطات واسعة ، فهى تملك أن ترفض الترخيص ابتداء ، وتستطيع أن توقف الاستعمال الخاص للمال العام ، وأن تعدل فى شروط هذا الاستعمال أو تلغى الترخيص . وهذا ما قرره محكمة القضاء الادارى فى بعض أحكامها ، ومنها على سبيل المثال حكمها الصادر فى ١٦ يوليو سنة ١٩٥٧ (السنة ١١ ص ٦٤٣) حيث تقول : « ٠٠٠ ان منحها (الادارة) التراخيص ، أو منعه أو الغاؤها هى من الأعمال الادارية التى تستند الى أحكام القانون العام التى تقضى باطلاق سلطة الادارة فى ادارة المال العام وفقا للمصلحة العامة ، ومراعاة لطبيعة استعماله . ومن ثم فان للبلدية (بلدية الاسكندرية) أن تلغى تراخيص الأشغال ما دعت دواعى المصلحة العامة ، كحفظ النظام والآداب أو الأمن العام أو ادخال تحسينات على المال الى غير ذلك من مبررات المصلحة العامة ، وان تقديرها لهذه المبررات خارج عن رقابة المحكمة . » ولكن رغم هذا الاطلاق الذى قد يستشف من نهاية هذا الحكم ، فان سلطة الادارة فى هذا الخصوص هى سلطة تقديرية وليست سلطة تحكمية ، فحقها فى هذا الصدد يقيد به أن تستهدف تحقيق الصالح العام . والمصلحة العامة فى هذه الحالة هى مصلحة مخصصة تنحصر فى المحافظة على تخصيص المال العام . فاذا جانبت الادارة هذه الغاية ، ورفضت الترخيص ، أو سحبتة نكاية فى فرد من الأفراد أو تمييز فريق من الناس على فريق آخر دون مسوغ قانونى . . . الخ كان تصرفها مشوبا بميب الأنحراف «Le détournement de pouvoir» وحق لكل ذى مصلحة أن يطلب الغاء أمام القضاء الادارى ، وأن يطالب بتعويض اذا ما ترتب على تنفيذ

قرارات الادارة المعيبة اضرار . بل لقد ذهبت محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ١٥/١٢/١٩٥٤ (السنة ٩ ص ١٤٥) الى أن الحق فى طلب التمويض فى تلك الحالات لا يسقط « . حتى ولو نص فى الترخيص على أنه لا يجوز طلب تمويضات عن ذلك (الغائه) أمام المحاكم أو السلطات الادارية » .

الثالثة : أن مقلع النزاع فى خصيصة العقد فى حالتنا ، ترجع الى صفة المال الذى يقوم عليه : فاذا كان مالا عاما ، فهو عقد ادارى ، والعكس . واذا كان مميّار تمييز الأموال العامة ما يزال محل خلاف فى فرنسا ، لأن المشرع لم يقدم المميّار القاطع فى هذا الصدد ، فان الأمر فى مصر مختلف ، ذلك أن المشرع - سواء فى نص المادة ٩ من القانون المدنى القديم أو فى المادة ٨٧ من القانون المدنى الجديد - قد قطع فى هذه المسألة ، اذ قضى بأن المال المملوك للادارة يكتسب صفة العمومية بتخصيصه لمنفعة عامة باحدى الطرق المقررة قانونا . وبالتالي فان كل مال مملوك للادارة ، ينحصر للنفع العام ، هو مال عام دون مراعاة لأى اعتبار من الاعتبارات الموجودة فى فرنسا^(١) .

(١) مؤلفنا مبادئ القانون الادارى ، المرجع السابق ، فى اى طبعة من طبعاته المتعددة .

الفصل الثامن

عقود العمل

(Les contrats de prestation des services personnels)

وهي الاتفاقات التي يلتزم الأفراد بمقتضاها بتقديم خدماتهم الشخصية للإدارة في مقابل عوض يتفق عليه ، وهذا هو الغالب .
ولكن منها ما يتم على النحو العكسي ، بأن تقدم الإدارة للأفراد خدمات بعض الأشخاص التابعين لها في مقابل عوض معلوم . وفيما يلي نعرض لكل من هذين النوعين .

الفرع الأول

الإدارة هي صاحبة العمل

تلجأ الإدارة في تسييرها للمرافق العامة إلى الاستعانة بالأفراد ، وهي في استعانتها تسلك سبلا مختلفة :

١ - فالغالب أن يكون ذلك عن طريق التمييز بقرارات إدارية فردية ، وحينئذ يوجد الفرد في مركز نظامي «situation réglementaire» ويسمى موظفا أو مستخدما بحسب الأحوال^(١) .

٢ - ولكن للإدارة أن تلجأ - في حدود معينة - إلى السبيل التماقدي . فما طبيعة العقد في هذه الحالات ؟ يلجأ مجلس الدولة الفرنسي - وفقا للدراسة التي قام بها الأستاذ دي لوبادير^(٢) - في مطلوه عن العقود الإدارية - إلى وسائل ثلاث للتعرف على طبيعة العقد الإدارية على النحو التالي :

أولا : أن يحتوى العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص : وهذا ليس إلا تطبيقا للمعيار العام في تمييز

(١) مؤلفنا يباين القانون الإداري ، المرجع السابق .

(٢) ص ١٢٦ وما بعدها .

العقود لادارية عن عقود القانون الخاص • ويردد المجلس هذا المعيار في أحكامه على النحو التالي :

١ - في حكمه الصادر في ١٨ يناير سنة ١٩٥٢ في قضية « Dame Kinssin » (مجلة القانون العام سنة ١٩٥٢ ص ٥١٣) يقول :

« Considérant que les stipulations du contrat ... ne lui imposaient aucune sujétion débordant le cadre des règles du droit privé, qu'ainsi elles n'ont pu créer un lien administratif entre la requérante et l'Etat ».

٢ - وفي حكمه الصادر في ٧ مارس سنة ١٩٥١ في قضية « Thomas » يؤكد :

« Considérant que le contrat ne comportait aucune disposition exorbitante du droit commun ... qu'ainsi n'existait aucun lien de droit public entre le requérant et l'Etat ».

وفي تطبيق هذا المعيار يراعى المجلس : السلطات الاستثنائية التى تحتفظ بها الادارة فيما يتعلق بالفصل^(١) ، وطريقة دفع المقابل ، والمبالغ التى تقتطع من الأفراد ، ومقابل التعاقد ان وجد^(٢) ، كما أن مجلس الدولة الفرنسى يفحص أيضا الشروط المتعلقة بالرقابة أثناء تأدية العمل ، ووسائل التأديب ، ومدى القيود التى يفرضها العقد على المتعاقد الآخر^(٣) .

على أنه يجب أن يلاحظ من ناحية أخرى أن المجلس لا يكتفى بشرط واحد من الشروط السابقة ، وانما يضع نصب عينيه مجموع الشروط المستمدة من العقد •

(١) حكم المجلس الصادر في ٣ يوليو سنة ١٩٢٥ في قضية « de Mestral » دالوز سنة ١٩٢٦ القسم الثالث ص ١٧ مع تقرير المفوض سلفادور وتعليق تروتايا • وحكم التنازع الصادر في ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٢ في قضية « Ballissac-Richaud » . (٢) حكم المجلس في ٢٠ يونية سنة ١٩٢٧ في قضية « Fink » مجموعة أحكام المجلس ص ٧٣٣ وفي ١٣ يونية سنة ١٩٤١ في قضية « Dr. Gerbiers » المجموعة ص ١٠٩ ، وفي ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٤٦ في قضية « Col de Madagascar » دالوز ص ٤٦٤ مع تعليق « Huot » .

(٣) حكمه في ٢٤ يناير سنة ١٩٤٧ في قضية « Joly » المجموعة ص ٢٧ ، وفي ٢٣ أبريل سنة ١٩٤٧ في قضية « Segols » المجموعة ص ١٥٨ وفي ٩ يونية سنة ١٩٤٨ في قضية « Couat » المجموعة ص ٢٥٤ •

ثانيا : أن تنطوي الخدمة على اتصال دائم بالمرفق العام :

«La permanence de la participation au service public»

ويستند المجلس في كثير من الحالات الى انعدام تلك الصفة في
المقد للقول بأنه من عقود القانون الخاص ، فيصف الخدمة بصفات
منها «temporaire, précaire, non permanente» . الخ (١) .

ثالثا : طبيعة العمل المستند الى الفرد : «La nature de l'emploi occupé»

ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي يجرى منذ مدة طويلة على التمييز
بين عمال المرافق العامة الاقتصادية والتجارية (Les services industriels)
فهو يعتبر من يشغل منهم مراكز التوجيه أو المراكز الرئيسية في
الحسابات «Le personnel dirigeant et comptable» شاغلين لمراكز قانونية
عامة . أما من يشغلون المراكز القانونية الأخرى الثانوية «Le pre-
sonnel subalterne» فيتواجدون في مراكز قانونية خاصة . وعلى هذا
الأساس فانه يعتبر الطائفة الأولى من قبيل الموظفين العموميين اذا
ما عينوا بقرارات ادارية ، ومن قبيل الموظفين المعينين بمقود ادارية
اذا ما عينوا بمقود . أما الطائفة الثانية فانهم اجراء يخضعون
لللقانون الخاص باستمرار .

والذى يلاحظ على هذا الموضوع لأول وهلة في مصر ، أن مجلس
الدولة المصري لم يأخذ بالتفرقة السابقة . ومن أوضح أحكامه في
هذا الخصوص حكمه الصادر في ٨ مارس سنة ١٩٥٣ حيث يقول :
« ان الأصل في موظفي المؤسسات العامة أنهم موظفون عموميون
تربطهم بالمؤسسات العامة علاقة تنظيمية . . . ولا تعمل المحكمة على
ما ذهب اليه بعض رجال الفقه في هذا الصدد من تفرقة بين طائفتين
من موظفي المصالح أو المؤسسات العامة الاقتصادية : الأولى طائفة
الموظفين ذوي المناصب الرئيسية ، والأخرى تضم من عدا هؤلاء
من صفار الموظفين ، اذ يضافون على أفراد الطائفة الأولى دون الثانية

(١) حكمه في ٣٠ يناير سنة ١٩٣٨ في قضية «Métrany» المجموعة ص ١٥
وفي ٣٠ مايو سنة ١٩٤٥ في قضية «Chapeliers» المجموعة ص ١١١ وفي ٧ مارس
سنة ١٩٥١ في قضية «Thomas»

صفة الموظفين العموميين ، ذلك لأن هذه التفرقة لا تقوم على أساس علمي ، فمن العسير وضع مقياس لها بحيث لا يقع الخلط واللبس بين أفراد الطائفتين^(١) . وقد أكدت هذا القضاء المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٥ مايو سنة ١٩٦٢ (ص ٧٩٣ س ٧) حيث تقول : « ٠٠٠ وفي مصر يعتبر موظفين عموميين عمال المرافق العامة ، سواء أكانت إدارية أو اقتصادية ، ما دامت هذه المرافق تدار بأسلوب الاستغلال المباشر » . وعلى هذا الأساس لا يكون لطبيعة المرفق العام الذي يمول به الفرد وزن فيما يتعلق بالحكم على طبيعة عقده مع الإدارة ، ويكون الممول عليه في مصر هو خصائص العقد الذاتية .

على أن مجلس الدولة الفرنسي قد لجأ الى فكرة « طبيعة الوظيفة » في نطاق المرافق الإدارية ذاتها ، واستمد منها قرينة على طبيعة العقد ، بجوار القرائن الأخرى : فهو في حكمه الصادر في ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٨ في قضية «Delle Pasteau»^(٢) يقول بخصوص رئيسة الخدمة الاجتماعية :

«La requérante, assistante sociale chef est liée à l'Etat par un contrat de droit public ... eu égard à la nature des fonctions exeroées par cette catégorie d'agents qui collaborent de façon permanente à l'exécution d'un service public prévu et réglementé par l'ordonnance du ... ».

وفي حكمه الصادر في ٩ يوليو سنة ١٩٥٠ في قضية «Blouin» يؤكد^(٣) :

«Le réquerant médecin d'une institution d'éducation surveillée doit être regardé, tant en raison de la nature de ses fonctions que du régime juridique auquel il se trouvait soumis...comme ayant avec l'Etat un lien administratif».

(١) مجموعة أحكام المجلس ، السنة السابعة ص ٦١١ .

(٢) مجلة القانون العام سنة ١٩٤٩ ص ٧٥ مع تعليق فالين ، ومجموعة سيري

سنة ١٩٤٩ القسم الثالث ص ٣. مع تعليق «Rivero»

(٣) المجموعة ص ١٨٥ .

وقد استند في أحكام أخرى الى طبيعة الوظيفة للحكم بالصفة المدنية للمعد الذي يربط الأفراد بالادارة^(١) .

ويعلق الأستاذ دى لوبادير على هذه القرينة التي أوردتها المجلس في كثير من أحكامه ، بأنها لا تقدم كثيرا ومن المسير تفسيرها^(٢) ، اللهم الا على ضوء قرينة أخرى هي أن علاقة الوظيفة بمرفق منظم تنظيميا خاصا ، تستتبع اضافة الصفة الادارية على المقود المتصلة به^(٣) . ولكنه يؤكد من ناحية أخرى أن مجلس الدولة الفرنسى يميل الى اعتبار معظم المقنود التي من هذا القبيل ، عقودا ادارية ، ولا يعتبر منها عقودا من عقود القانون الخاص الا ما تعلق بوظائف ثانوية جدا (des emplois très subalternes)

وكل ما يمكن أن نستمد من الملاحظات السابقة هو أن أهمية الوظيفة ، وخطورة الأعباء الملقاة على شاغلها ، تعتبر قرينة على أن الموظف في مركز من مراكز القانون العام ، وهي المراكز التي تتفق مع واجبات تلك الوظيفة .

اهم حالات الموظفين المتعاقدين في مصر : تنحصر اهم هذه الحالات في مجالين :

المجال الأول : توظيف الخبراء الأجانب : وينظم أوضاعهم الوظيفية قرار الوزير المختص بالتنمية الادارية رقم ٢ لسنة ١٩٧٩^(٤) . وقد نصت المادة الثانية من هذا القرار على أن يكون توظيف الخبراء الأجانب بطريق التعاقد ، في حدود الاعتمادات

(١) على سبيل المثال حكمه الصادر في ٢٥ يوليو سنة ١٩٥٢ فى قضية Dame Braquet مجموعة سبرى سنة ١٩٥٢ القسم الثالث ص ١١٧ حيث يقول بخصوص موظفة صغيرة فى ادارة البوليس :

« Considérant qu'à raison de sa nature d'emploi qui était confié à l'intéressé n'était pas au nombre de ceux qui ne sauraient être attribués qu'à des agents liés à l'administration dans les conditions du droit public ».

(٢) ص ٢٢ حيث يقول :

« Il n'est pas très facile d'interpréter cette jurisprudence ... Le libellé des arrêtés n'éclaire que bien faiblement cette question ».

(٣) « La notion de contrat administratif en raison des conditions particulières d'organisation du service public ».

(٤) الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٧٩ .

المالية المدرجة بموازنة الوحدة من بين ذوى الخبرات والتخصصات النادرة أو التي يتعذر الحصول عليها من بين المواطنين * وتبرم السلطة المختصة عقد توظيف الخبير لمدة لا تجاوز سنة ، تبدأ من تاريخ تسلم العمل * ويجوز تجديدها (م - ٤) ويجب أن يتضمن العقد المبرم مع الخبير بيانات حددتها المادة الخامسة من القرار المشار إليه^(١) ، كما يجب أن يحدد فى العقد المكافأة الشاملة للوظيفة التي يشغلها الخبير ، ويجوز زيادة هذه المكافأة عند تجديد العقد بما لا يجاوز ١٠٪ من المكافأة الشاملة عن مدة تعاقده السابقة . (المادتان ٧ و ٨) ونظمت المادتان ١٤ و ١٥ من ذات القرار نظام الأجازات المقررة للخبير الأجنبي ، كما حددت المادة ١٦ الجزاءات التي توقع عليه ، وفصلت المواد من ١٧ الى ١٩ أوضاع انتهاء العقد .

المجال الثانى : توظيف العاملين الوطنيين الذين يقومون بأعمال مؤقتة : ويفصل أحكام توظيفهم قرار الوزير المختص بالتنمية الادارية رقم ٣ لسنة ١٩٧٩^(٢) . ويقصد بالأعمال المؤقتة الأعمال العارضة أو الأعمال الموسمية (مادة ٢) ويكون توظيف العاملين المؤقتين بطريق التعاقد فى حدود الاعتمادات المالية المدرجة بموازنة الوحدة ، ويجب أن يتضمن العقد البيانات المنصوص عليها فى المادة الثالثة من القرار المشار إليه^(٣) ، كما يراعى فى ابرامه الأحكام

(١) تشمل هذه البيانات : أ - أسماء طرفى العقد وصفة الموقع عن الوحدة . ب - البيانات الشخصية المتعلقة بالخبير ج - مدة العقد د - وصف الوظيفة المسندة الى الخبير وتحديد واجباتها ومسئولياتها ه - المكافأة الشاملة المقررة للوظيفة و - أيام العمل وساعاته والأجازات المقررة للخبير ز - المحكمة المختصة بنظر المنازعات القضائية ح - البيانات الأخرى التي ترى الوحدة اضافتها الى ما تقدم ، وذلك بما لا يتعارض مع أحكام قرار الوزير المختص بالتنمية الادارية مع القرار الوزارى رقم ٣ لسنة ١٩٧٩ .

(٢) الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٧٩ .

(٣) تشمل هذه البيانات : أ - أسماء طرفى العقد وصفة الموقع عن الوحدة ب - البيانات الشخصية المتعلقة بالعامل ومدد التعاقد ج - الأعمال العارضة والموسمية محل العقد د - المكافأة الشاملة المقررة للأعمال المشار اليها ه - الجزاءات التي توقع على العامل المتدرج و - المحكمة المختصة بنظر المنازعات القضائية ز - البيانات الأخرى التي ترى الوحدة اضافتها الى ما تقدم وذلك بما لا يتعارض رقم ٢ لسنة ١٩٧٩ .

المالية والادارية الواردة في اللوائح الصادرة في هذا الشأن ، ويجوز للوحدة أن تضيف أحكاما تتفق مع تطبيق الأعمال المؤقتة موضوع المقد (مادة ٤) ويجوز للسلطة المختصة فسخ العقد في حالة الاخلال بشروطه .

حالة المتطوعين في الخدمة العسكرية : (Les militaires engagés)

لا جدال بين الفقهاء في أن المتطوع في الخدمة العسكرية يشغل مركزا عاما . ولكن هل يكون هذا المركز تماقديا أم نظاميا ؟ أخذ مجلس الدولة الفرنسي أولا بفكرة المركز النظامي ، وكان ذلك في حكمه الصادر في ١٦ يوليو سنة ١٩٢٠ (١) .

ولكن المجلس عاد بعد ذلك واعتبر الاتفاق المبرم بين المتطوع والادارة عقدا من عقود القانون العام . ولكن هذا العقد الاداري هو بمثابة قرار شرطي ، فهو لا يولد بذاته التزاما ، ولكنه يضع المتطوع في مركز نظامي . نجد هذا المعنى في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٣ يونيو سنة ١٩٤٧ في قضية (Schmitt) (٢) حيث يقول :

«Un tel contrat n'implique pas que l'Etat soit lié envers l'engagé par des stipulations synallagmatiques ... mais qu'il a seulement pour effet de le soumettre jusqu'à la date fixée par ledit contrat aux même obligation et au même statut militaire que les individus normalement appelés par l'ordre de mobilisation».

ولكن فكرة « العقد المولد لمركز نظامي » « Contrat attributif d'une situation statutaire » قد انتقدت بشدة ، لأن طبيعة المقد أن يولد التزامات تماقدية (٣) .

(١) مجلة القانون العام سنة ١٩٢٠ ص ٥٣٧ مع تقرير المفوض «Cornellie» .

(٢) المجموعة ص ٢٥٧ .

(٣) راجع تعليق جيز في مجلة القانون العام سنة ١٩٤٨ ص ٢٥٩ ، وتطبيق «P.H.» في مجموعة ميري سنة ١٩٤٧ القسم الثالث ص ١ . وراجع مطول دي لوبادير ، المرجع السابق ، ص ١٣٣ .

ويبدو من الأحكام القليلة الصادرة من المحكمة الادارية العليا حتى الآن أنها تأخذ بفكرة المركز النظامي للمتطوعين ، وهو المسلك القديم لمجلس الدولة الفرنسي : فهي في حكمها الصادر في ١٢ يوليو سنة ١٩٥٨ (السنة ٣ ص ١٦٠١) تقرر أن العلاقة التي تربط من يتطوع للخدمة في الشرطة بالحكومة هي علاقة قانونية مؤقتة تعكسها القوانين واللوائح القائمة وقت بدء مدة التطوع أو انتهاءها . وفي حكمها الصادر في ٢٨ مارس سنة ١٩٥٩ (السنة ٤ ص ١٠٢٣) قضت بأن « علاقة المدعى بمصلحة خفر السواحل ، وإن افتتحت بتمهيد يؤخذ عليه بالتطوع يعتمد من مديرها ، إلا أنها ليست علاقة عقدية ، فلا يسرى عليها قانون عقد العمل الفردي ، بل هي علاقة قانونية تنظمها القوانين واللوائح » . وأخيرا فقد جاء في حكمها الصادر في ١٩ مايو سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٨٥٨) أن « جميع عمال وعساكر مصلحة السواحل والمصايد وحرس الجمارك ، وأغلبهم من المتطوعين في خدمة تلك المصلحة ، وهم من الخدمة الخارجين عن هيئة العمال ، تطبق عليهم الأحكام الخاصة بهذه الفئة بقانون المصلحة المالية والتعليمات المالية من رقم ١ الصادر في أول مارس سنة ١٩١٠ الى رقم ٥٩ الصادر في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ ، ويطبق على مصلحة السواحل الملحق بوزارة الحربية قانون الأحكام العسكرية الصادر في سنة ١٨٩٣ » .

الفرع الثاني

الادارة هي الملتزمة بالعمل

وهذا الفرض الثاني نادر عملا ، ولكنه غير مستحيل الوقوع . وصورته في فرنسا ، أن تتمهد الادارة بتوريد بعض العمال من المسجونين أو المحجوزين الى أحد الأفراد أو الشركات في مقابل أجر معلوم . ويطلقون على تلك العقود تسمية « Les contrats de main-d'oeuv »
وقد يكون عمل المساجين داخل السجن أو خارجه : vre pénitentiaire

العمل داخل السجن «Contrats de main-d'oeuvre dans les prisons»

وهذا هو الغالب فى فرنسا . ويتصل الاتفاق فى هذه الحالة عادة بمقد توريد أو أشغال عامة ، بأن تتمتع الادارة بأن تضع تحت يد المتعهد بالتوريد أو بالأشغال العامة العدد اللازم لانجاز العمل المتفق عليه . وكثيرا ما يمرض النزاع على مجلس الدولة الفرنسى بخصوص التأخير فى تنفيذ العقد (التوريد أو الأشغال العامة) على أثر تدخل الادارة بانقاص عدد المسجونين الموضوعين تحت تصرف المتعهد أو المكاول . ويجرى مجلس الدولة الفرنسى على القضاء باختصاصه بهذه المنازعات باعتبارها مترتبة على عقد ادارى^(١) ، وإن حاول ردها الى بعض نصوص القانون .

العمل خارج السجن «Contrats de main-d'oeuvre pénitentiaire à l'extérieur»

وهذه الحالة نادرة ، وبمقتضاها تسلم الادارة عددا من الممال لمكاول أو شركة للعمل فى خارج السجن أو المعتقل ، سواء أكانوا من المساجين العاديين أو من أسرى الحرب . ويجرى المجلس هنا على اعتبار هذه الاتفاقات من قبيل العقود الادارية^(٢) .

(١) حكمه فى ١٤ يناير سنة ١٩٢٩ فى قضية «Galby» ص ٢٥ وفى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٥٢ فى قضية «Durand et Poitovin» المجموعة ص ٦١٧ .
(٢) على سبيل المثال حكمه الصادر فى ٢٨ يوليو سنة ١٩٥٢ فى قضية «Cassano» المجموعة ص ٤٣٨ .

الفصل التاسع

عقود التمهيد بالانتظام في الدراسة وخدمة الدولة

كثير هذا النوع من العقود في الآونة الأخيرة ، وأصدر القضاء الإدارى المصرى بصدده عشرات الأحكام ، التى تتضمن مبادئ فى العقود الادارية من المستحسن اضافتها فى هذه الطبعة^(١) . فالمحكمة الادارية العليا مستقرة على أن هذا التمهيد الذى يقدمه الطالب أو وليه هو عقد ادارى . فهى فى حكمها الصادر فى ١٩٦٨/٢/٢٤ (مجموعة المبادئ المؤقتة ص ١٦٤) تقضى بصراحة بأن التمهيد الصادر من المدعى عليها ، هو عقد ادارى توافرت فيه خصائص ومميزات العقود الادارية ، وبمقتضاء التزمت (المدعى عليها) بالتدريس لمدة خمس سنوات عقب اتمامها الدراسة ، وتضمنت شروطه النص على أنه فى حالة عدم قيامها بذلك لنفى حذر مقبول ، تلزم بأداء ما أنفق من مصروفات على تعليمها .

وذهبت المحكمة الادارية العليا ، الى أن عقد الكفالة لا يشترط فيه الكتابة ، فهى فى حكمها الصادر فى ١٩٧٣/١٢/١٩ (مجموعة المبادئ المؤقتة ، ص ١٦٩) تقرر أنه « لما كان نجل المدعى عليه ، وقد تقدم للالتحاق بالمدرسة الثانوية للبريد ، يكون فى الواقع قد قبل جميع ما نص عليه كل من القرار الجمهورى رقم ١٦٢٠ والقرار الوزارى رقم ٢٥٥ لسنة ١٩٦١ المشار اليهما ، ويكون بذلك قد نشأ بينه وبين هيئة البريد عقد ادارى غير مكتوب اذ لا يشترط فى العقد الادارى أن يكون مكتوباً دائماً . وبناء على هذا العقد غير المكتوب التزم الطالب المذكور بجميع الالتزامات التى فرضها قرار رئيس الجمهورية وقرار وزير المواصلات سالف الذكر » وكررت المحكمة الادارية العليا ذات المبدأ فى حكمها الصادر فى

(١) والطبعة التى سبقتها .

١٥/٢/١٩٧٥ (مجموعة المبادئ المؤقتة ، ص ١٧٦) وزادت على المبدأ السابق تأكيدها أن عقد الكفالة يكون سليما حتى ولو كان الطالب قاصرا ، وذلك اعمالا للمادة ٧٧٧ من القانون المدني التي نقص الأهلية ، كان ملتزما بتنفيذ الالتزام اذا لم ينفذه المدين نقص الأهلية ، كان ملتزما بتنفيذ الالتزام اذا لم ينفذه المدين المكفول ، وواضح أن المدعى عليه الثاني - وهو والد الطالب - كان يعلم بقصر ولده وأنه كفله لهذا السبب ، ومن ثم تصح مطالبته ويصح الرجوع عليه » .

وليس من الضروري ، وفقا لقضاء المحكمة الادارية العليا ، أن يكون الكفيل هو والد الطالب ، بل يجوز أن يكون شقيقه ، ولا يشترط في هذه الحالة صدور قرار من المحكمة بالوصاية ، فالمحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في ١٥/١١/١٩٧٥ (مجموعة المبادئ المؤقتة ، ص ١٧٨) تقرر أنه « متى كان البادئ أن المظلوم ضده ، قد وقع الاقرار بصفته وصيا ونائبا عن شقيقه ، وكان هذا الأخير قد قدم هذا الاقرار عند التحاقه بدار المعلمين ، ولم ينكر على شقيقه هذه الصفة ... فان الاقرار المتقدم يكون قد صدر سليما ومن ثم منتجا لآثاره » بل وليس من الضروري أن يكون الكفيل والد الطالب أو وليا عليه أو وصيا ، مادام قد كفّل الطالب ولم ينكر الطالب هذه الكفالة^(١) ، على أن المحكمة تشترط أن تكون الكفالة

(١) على أن قضاء المحكمة الادارية العليا في هذا المجال ليس مستقرا . فهي في حكمها الصادر في ١١/٣/١٩٧٢ (مجموعة المبادئ المؤقتة ، ص ١٨٢) تقرر « أنه قد ثبت أن المدعى عليه الثاني ليس هو والد المدعى عليه الأول (الطالب) ولا وليه الطبيعي ، وقد خلت الأوراق مما يدل على أنه أية صفة قانونية أخرى في التوقيع نيابة عنه على الاقرار محل المنازعة ، فان توقيعه على الاقرار المشار اليه بصفته والد المدعى عليه الأول ووليّه الطبيعي لا يكون له أثر قانوني في حق هذا الأخير ... » .

كما أنها في حكمها الصادر في ١٨/٣/١٩٧٢ (ذات المجموعة ، ص ١٨٣) تؤكد أن توقيع الأم على الكفالة لا قيمة له لأن الولاية الطبيعية لا تكون الا للأب أو الجد ، أما الأم فلا تكون الا وصية على اولادها ، وليس في الأوراق ما يثبت صفة المدعى عليها الثانية (الأم) كوصية على ابنتها المدعى عليها الأولى ، وبذلك يكون التمهيد الذي وقمته بهذه الصفة ليست له أية قيمة قانونية !! » .

صریحة ، ولا لبس فيها ، فهي فی حکمها الصادر فی ١٩٧٥/٦/٢١ (المجموعة السابقة ص ١٨٤) تؤكد أن مجرد توقيع الوالد بجوار ابنته علی التزامها بغدمة الدولة لمدة خمس سنوات لا یفید بذاته كفالة المدعی علیها ، لأنه طبقا لحکم المادة ٧٧٣ من القانون المدني . يجب أن یكون رضاء الكفیل بكفالة المديح رضاء واضحا لا غموض فيه . والا فان أثر التعمد ینصرف الی الطالب وحده ! وهذا القضاء ینذهب فی الأخذ بالشکیلیة الی مدى بعید ، لأن اشتراط توقيع الوالد أو الكفیل بجوار الطالب ینصرف أثره الی جمیع الالتزامات التي یتحمل بها الطالب ، كما رأت بحق الأحكام الأخری التي أشرنا الیها .

ولمجلس الدولة قضاء غنی فی خصوص محاولة التحلل مع دفع المبالغ التي یتعمد الطالب بدفعها اذا أخل بالتزاماته المتولدة عن العقد :

فمن الأمور التي رفض القضاء الاداری اعتمادها كسبب یحلل من الالتزامات بالدفع :

- تكرار الرسوب لیس یعذر یعنی من الدفع . « ان قضاء هذه المحكمة قد جرى علی أن تكرار الرسوب فی صف واحد ، لا یمتبر بذاته عذرا مقبولا یحل الطالب أو ولی أمرها من التزامها بدفع مصروفات التعلیم التي أنفقت علی الطالبه خلال مدة دراستها اذا ما فصلت بسبب تنفیها » . (حکم المحكمة الاداریة العلیا الصادر فی ١٩٧٤/٥/١٨ ، مجموعة المبادئ المؤقتة ، ص ١٨٦ ، وبذات المعنی حکمها الصادر فی ١٩٧٨/٣/٢ ، ذات المجموعة ، ص ١٨٧)

- ان التطوع فی الجيش لا یمد سببا مقبولا للتحلل مع التعمد بالمواظبة علی الدراسة « فلئن كان التطوع فی الجيش شرفا لا یدانیة شرف ، الا أنه لیس مع الأسباب القانونیه المسقطه للالتزام . والقول بأن التطوع بالجيش یمتبر سببا مقبولا یتحلل به المدين من التزامه ، قد یدفع بأی مدين الی التطوع فی الجيش تنصلا من الوفاء بالتزاماته ،

ويصبح هذا الشرف وسيلة لتحقيق أهداف غير نبيلة وهي التحلل من الالتزامات . ومن المفاجأة الصريعة للمبادئ القانونية أن يتخذ الانسان من عمله الاختيارى مبررا للاخلال بالتزاماته » (المحكمة الادارية العليا فى ١٩٦٨/٢/٣ ، المجموعة السابقة ، ص ١٨٨)
- واذا تمهد الطالب بمواصلة الدراسة فى معهد معين (دار المعلمين بشبين الكوم) فتركه ليواصل الدراسة بمعهد متاخر فى محافظة أخرى (كفر الشيخ) فانه يكون قد اخل بالتزامه « اذ أن لكل محافظة شخصيتها المنوية المستقلة ، وميزانيتها الخاصة بها » .
(ادارية عليا فى ١٩٧٢/٥/٢٠ المجموعة السابقة ، ص ١٨٩)

- واذا انقطعت الطالبة المتمهدة بالعمل ، عقب تخرجها وتعيينها ، فانه تكون مسئولة ولا يسقط مسئوليتها بعد انقطاعها أن تبدى استعداها للعودة الى العمل مرة أخرى ، ذلك أن مسئوليتها تثبت بمجرد الانقطاع « واعادتها الى عملها هو من قبيل التعيين الجديد الذى تترخص فيه الجهة الادارية بما تراه متفقا والصالح العام ، وحسن سير المرفق » (ادارية عليا فى ١٩٧١/١١/٢٧ ذات المجموعة ، ص ١٩٠ . وبذات المعنى حكمها الصادر فى ١٩٧١/٦/٢٦ ، ذات المجموعة ، ص ١٩١) .

- ولا يجدى الطالبة فى اسقاط مسئوليتها ، الاستناد الى واقعة مرض والدتها وأنها انقطعت عن الدراسة لرعايتها (ادارية عليا فى ١٩٧٤/٢/٢٣ ، ذات المجموعة ص ١٩٢) .

- وأنه اذا فصل العامل الملتزم بالخدمة مدة معينة لأخطاء ارتكبها ، فان التزامه بالدفع يظل قائما « لأنه حال يتصرفه الخاص دون استمراره فى العمل وقام للالتزام الملقى على عاتقه » . (ادارية عليا فى ١٩٧٤/٣/٢٣ ذات المجموعة ، ص ١٩٤ ، وذات المبدأ فى حكمها الصادر فى ١٩٧٩/٦/٩ ذات المجموعة ، ص ١٩٦) .

- والتزام طالب الشرطة بأداء كامل الرسوم المقررة عليه اذا ترك خدمة الشرطة ، والتحق بعمل آخر ، التزام مصدره القانون

ولا تستطيع وزارة الداخلية الاعفاء منه كلياً أو جزئياً . (إدارية عليا في ٢٩ مارس سنة ١٩٨١ ، مجموعة أحكام المحكمة ، العدد الثاني ، ص ٨١٢) .

— وأن من يوفد في منحة تدريبية ، على أن يخدم الدولة مدة معينة يلتزم بإداة التمويض المقرر كاملاً ، ولا يخصم منه مقابل المدة التي قضاها في العمل بعد عودته مع الخارج . (إدارية عليا في ١٩ ديسمبر سنة ١٩٨١ ، مجموعة أحكام المحكمة ، ص ١٣٨) .

وبدأت المعنى حكمها الصادر في ١٧ مايو سنة ١٩٨٦ (الطلع رقم ١٨٣ لسنة ٢٥ قضائية) وفيه تؤكد المحكمة أن « الالتزام الأصلي محله أداء الخدمة لمدة كلية محددة سلفاً ، وليس لمدة تستقل كل منها عن الأخرى ، بحيث تتكون من مجموعها المدة المتفق عليها ، والالتزام الأصلي غير قابل للتجزئة » .

وعلى العكس من ذلك قررت المحكمة الادارية العليا :

— « ان التزام المدعى عليه بالتدريس . . . يقابله بحكم اللزوم التزام يقع عاتق وزارة التربية والتعليم بتعيينه في إحدى مدارسها فور تخرجه من كلية التربية أو بعد ذلك بمدة معقولة . . . فإذا لم تقوم الوزارة بتمكينه من تنفيذ ما التزم به ، أو تراخت في ذلك مدة غير معقولة ، فإنه لا تشريب على المدعى عليه الأول أن يحتل هو الآخر من التزامه ، وأن يضرب صفحاً عن طلب جاءه بالتعيين متأخراً بعد مضي مدة تزيد على السنة بعد اتمام دراسته » . (الادارية العليا في ١٩٦٧/٩/٢ ، ذات المجموعة ، ص ١٩٨) .

— وأن التحاق طالب يقيم بسوهاج بمدرسة المعلمين العامة بسوهاج ، وتمعهده بالاستمرار في الدراسة الى أن يتخرج ، وبأن يقوم بالتدريس مدة خمس سنوات بعد تخرجه ، هذا الالتزام يسقط اذا ألغيت الفرقة المقيد بها الطالب ، ونقل تلاميذها الى مدرسة المعلمين بأسسيوط ، لأن ذلك « يعتبر خروجاً مع جهة الادارة ، بإرادتها المنفردة على شروط ما تماقدت عليه ، يقابله حق الطالب

في التحليل من التزامه بالاستمرار في الدراسة » • (ادازية عليا في ١٢/٢/١٩٧٢ ، ذات المجموعة ، ص ٢٠١) •

- ومن حق الادارة ، والطالبة المتعمدة بالتدريس ، أن يعتبرها زواج الطالبة أثناء مرحلة الدراسة ، عذرا شرعيا يحول بينها وبين اتمام الاتفاق ، يسقط عنها الالتزام بالدفع « وهذا التفسير الذي اعتنقه الطرفان ، لا يخرج عن كونه كشافا عن النية المشتركة التي التقى عندها الطرفان ، بحيث يعتبر المقدم مفسرا على هذا الوجه الذي تحتمله شروطه مكمله بقواعد العرف والعدالة ، ملزما لهما معا فلا يجوز لأحدهما ، بازادته المنفردة ، أن يخرج عنه ، أو أن يعدل عنه الى تفسير آخر مخالف له • (ادارية عليا في ٢٤/٢/١٩٦٨ ، ذات المجموعة ص ٢٠٤) •

تلك هي أشهر العقود والاتفاقات التي تبرمها الادارة • ولكنها ليست كل العقود الادارية ، ذلك أن أشخاص القانون العام قد تلجأ الى ابرام عقود أخرى متنوعة ، ولو على خلاف المألوف ، وهي التي يسمها الفقهاء « العقود الادارية غير المسماة » *« Les contrats administratifs innommés »* . ومع أوضح الأمثلة على ذلك ، أن تتفق إحدى كليات الطب ، مع إحدى المستشفيات الخاصة ، على أن تضع الأخيرة ، بعض عنابرها ، بما فيها من مرضى ، تحت تصرف كلية الطب ، لأغراض تدريسية وتدريبية لطلبتها • والقاعدة هي شرعية هذه الاتفاقات ما دامت تستلزمها المصلحة العامة ، ويستوجبها حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد • ويلجأ في التعرف على طبيعتها الخاصة ، الى المعيار العام الذي أوردناه فيما سبق •

الباب الرابع

قواعد الاختصاص في مجال المقود الادارية

١ - رأينا فيما سبق ، أن الارتباط وثيق بين فكرة المقود الادارى ، وبين قواعد الاختصاص بالفصل فى المنازعات المتعلقة بمقود الادارة : فحيثما كان الاختصاص للمحاكم القضائية ، طبقت قواعد القانون الخاص ، وطرحت فكرة المقود الادارية ، والعكس . ولقد رأينا فيما سبق أيضا أن فكرة المقود الادارية بتحديد القانون قد بنيت على هذا الأساس .

ومن ثم فانه من الأهمية بمكان ، أن نرسم مع الآن ، المخطوط العامة فى تحديد قواعد الاختصاص بالمنازعات المتعلقة بالمقود الادارية .

٢ - وتقتضى المهمة السابقة أن ندرس الموضوع على النحو التالى :

أولا : رسم حدود الاختصاص بين المحاكم القضائية والمحاكم الادارية فى هذا المجال .

ثانيا : تحديد طبيعة اختصاص القضاء الادارى فى مجال المنازعات المتعلقة بالمقود الادارية .

الفصل الأول

مدى اختصاص كل من جهتي القضاء في مجال عقود الإدارة

١ - ذكرنا فيما سبق أن عقود الإدارة لا تخضع كلها لنظام قانوني واحد ، وبالتالي فإن المنازعات المتعلقة بتلك العقود لا تدخل في اختصاص جهة قضائية واحدة ، على الأقل في الدول الآخذة بنظام القضاء الإداري . ولما كان نظام القضاء الإداري في الوقت الحاضر يقوم على أساس التخصص ، فإن المسلم به أن فكرة القانون واجب التطبيق هي الفصيل في تحديد الاختصاص . بمعنى أن الفصل في المنازعات المتعلقة بعقود الإدارة الخاصة يكون لجهة القضاء العادي ، بينما يكون الاختصاص للقضاء الإداري في حالة العقود الإدارية . والعقود الإدارية في فرنسا تنتمي كما رأينا إلى فئتين : فئة نص المشرع صراحة على اختصاص إحدى الجهتين بالفصل في المنازعات المتعلقة بها ، وهي العقود الإدارية (أو الخاصة) بتحديد القانون « par détermination de la loi » .

وقد رأينا أنه لا مقابل لهذه الحالة في مصر . وحسنا يفعل المشرع المصري ، إذ جئنا كثيرا مع الإشكالات الموجودة في فرنسا في الوقت الحاضر ، في الحالات التي لا تتفق فيها قواعد الاختصاص مع طبيعة العقد الذاتية ، مما حدا بمجلس الدولة الفرنسي إلى الخروج على نصوص القوانين - صراحة أو تحت ستار التفسير - لكي يصل إلى تحقيق الوضع القانوني السليم .

والفئة الثانية هي فئة العقود الإدارية بطبيعتها ، وهي تلك التي تتوافر فيها العناصر الثلاثة التي شرحناها فيما سلف .

ومن ثم فإن المحاكم الإدارية في مصر ، لا تختص بالفصل إلا في المنازعات المتعلقة بمقد إداري بطبيعته . وكذلك الشأن فيما يتعلق بالمعالم القضائية ، فهي لا تفصل إلا في المنازعات المتعلقة

بمقد من عقود القانون الخاص بطبيعته ، وان كان المشرع حرا في أن يخرج على هذه القاعدة بالنسبة الى عقد بعينه تحيط به اعتبارات خاصة ، ويدرجه المشرع لهذا السبب في اختصاص إحدى الجهتين .

وإذا كان دستور سنة ١٩٧١ قد نص في المادة ١٧٢ منه على أن « مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الادارية ، وفي الدعاوى التأديبية ، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى » ، فجعل بذلك مجلس الدولة صاحب الاختصاص العام في المنازعات الادارية ، فان المحكمة العليا الدستورية قد فسرت هذا النص - وبحق - على أنه لا يفل يد المشرع في الخروج على هذا الأصل لاعتبارات خاصة تقوم لديه . فهي في حكمها الصادر في ٢٩ يونية سنة ١٩٧٤ (في القضية رقم ٥ لسنة ٣ قضائية) تقرر - بعد أن استعرضت الأعمال التحضيرية لدستور سنة ١٩٧١ - أنه اذا كانت المادة ١٧٢ من الدستور تفيد تقرير الولاية العامة لمجلس الدولة على المساعازات الادارية بحيث يكون قاضى القانون العام بالنسبة الى هذه الدعاوى « ٠٠٠ فلم يعد اختصاصه مقيدا بمسائل محدودة على سبيل المصير كما كان منذ انشائه . وهذا لا يعنى غل يد المشرع عن اسناد الفصل في بعض المنازعات الادارية والدعاوى التأديبية الى جهات قضائية أخرى على أن يكون ذلك على سبيل الاستثناء من الأصل العام المقرر بالمادة ١٧٢ من الدستور وبالقدر وفى الحدود التى يقتضيها الصالح العام . وعلى هذا النحو يعمل المشرع التفويض المأل له بالمادة ١٦٧ من الدستور فى شأن تحديد الهيئات القضائية واختصاصاتها وتنظيم طريقة تشكيلها مع مراعاة الأصل العام المقرر فى المادة ١٧٢ من الدستور فى شأن اختصاص مجلس الدولة بالفصل فى المنازعات الادارية والدعاوى التأديبية باعتباره صاحب الولاية العامة على هذه الدعاوى وتلك المنازعات » .

٢ - واختصاص كل من الجهتين - فى الأمور التى يتناولها اختصاصها - عام وشامل ، يتناول أصل النزاع وكل ما يتفرغ عنه

كما سنرى فيما بعد • ومع ذلك فيجب أن يشار فى هذا الصدد الى استثنائين هامين هما :

أولا - فكرة المسائل الاولى : «La théorie des questions préjudicielles»
التي يتمين الفصل فيها قبل الفصل فى الموضوع : فاذا ما أثر أمام احدى المهتين - القضائية أو الادارية - عند التصدى للفصل فى نزاع يدخل أصلا فى اختصاصها ، نزاع يتعلق بمسألة أولية ، لا يمكن القضاء فى موضوع النزاع الا بعد حسمها ، فانه يجب على هذه الجهة أن توقف الفصل فى الموضوع ، وأن تعيل الى الجهة الأخرى للحصول على حكم فى المسألة الأولية • ومثال ذلك أن يثار أمام المحاكم القضائية نزاع يتعلق بمدى صحة عقد ادارى ، أو بتفسير نص من نصوصه أو بمجال تطبيقه ... الخ • فاذا ما قدرت المحكمة القضائية أن النزاع المثار له علاقة وثيقة بموضوع الدعوى ، اعتبرت تصنيفته مسألة أولية وأحالت فى شأنها الى جهة القضاء الادارى المختصة^(١) •

ومثال ذلك أيضا من الجهة الأخرى ، أن يثار أمام المحاكم الادارية - عند التصدى لموضوع يتعلق بمقدار ادارى - نزاع ينصب على عقد من عقود القانون الخاص ، أو يتصل بموضوع مما يدخل فى اختصاص المحاكم القضائية ، كالفصل فى ملكية أو تفسير عقد من عقود القانون

(١) راجع حكم التنازع الصادر فى ٢٤ يونية سنة ١٩٥٤ فى قضية «Sirey» المجموعة ص ٧١٤ • وقد جاء فيه :

«Par application de l'article 635 du code de commerce, l'autorité judiciaire est compétente pour statuer sur l'admission au passif d'une faillite ou d'une liquidation judiciaire d'une créance de l'Etat et sur le caractère privilégié ou chirographaire de cette créance, alors même que celle-ci aurait son origine dans un contrat administratif, sous la réserve, en pareille hypothèse, qu'en cas de contestation sur l'existence ou le montant de la créance la question préjudicielle ainsi soulevée devrait être renvoyée à l'examen de la juridiction administrative».

وراجع حكم المجلس الصادر فى ٧ أغسطس سنة ١٩٢٠ فى قضية «Ville de Rouen» المجموعة ص ٧٩٩ وفى ٧ مايو سنة ١٩٥٤ فى قضية «Min Fin» منشور فى

(Actual Jur. 1954 II. p. 298).

الخاص . الخ . وهنا أيضا يجرى القضاء الإدارى على الاحالة الى الجهة القضائية المختصة قبل الفصل فى الموضوع^(١) .

ولا شك أن هذه الفكرة تتصل بالأسس العامة التى تحكم نظام المحاكم الادارية ، ونعنى بها فكرة التخصص ، لأن كل جهة أقدر على الحكم فى الأمور التى تدخل أصلا فى اختصاصها . واليها أشارت المادتان ١٦ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ فى شأن السلطة القضائية والمادة ١٢٩ من قانون المرافعات الجديد على النحو التالى :

المادة ١٦ من قانون السلطة القضائية : « اذا دفعت قضية مرفوعة أمام المحاكم بدفع يثير نزاعا يختص بالفصل فيه جهة قضاء أخرى ، وجب على المحكمة اذا رأت ضرورة الفصل فى الدفع قبل الحكم فى موضوع الدعوى أن توقفها وتحدد الخصم الموجه اليه الدفع ميمادا يستصدر فيه حكما نهائيا من الجهة المختصة . فان لم تر لزوما لذلك أغفلت الدفع وحكمت فى موضوع الدعوى . »

وإذا قصر الخصم فى استصدار حكم نهائى فى الدفع فى المدة المحددة كان للمحكمة أن تفصل فى الدعوى بحالتها . »

المادة ١٢٩ من قانون المرافعات (رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨) : « د فى غير الأحوال التى نص فيها القانون على وقف الدعوى وجوبا أو جوازاً يكون للمحكمة أن تأمر بوقفها كلما رأت تعليق حكمها فى موضوعها على الفصل فى مسألة أخرى يتوقف عليها الحكم . »

وبمجرد زوال سبب الوقف يكون للخصوم تمجيل الدعوى . »

(١) جاء فى تقرير المفوض «Galenim» الذى قدمه فى قضية «Cons. Nongarets» وألتي صدر فيها حكم المجلس فى ٢٥ يناير سنة ١٩٥٢ (المجموعة ص) قوله :

«Le contrat d'abonnement n'est pas clair lui même, pour déterminer à qui il attribue la propriété des éléments litigieux, il faudrait le confronter avec le devis préalable, bref se livrer à une véritable et délicate interprétation de ce contrat. Or pareille tâche excède votre compétence. Le contrat d'abonnement ... a beau avoir été passé par l'administration de l'Algérie, il ne contient aucune clause extraordinaire, aucune stipulation exorbitante de droit commun. C'est donc à l'autorité judiciaire qu'il appartient selon une jurisprudence constante, d'en donner l'interprétation sur un point douteux».

والمبادئ السابقة تقيد المحاكم القضائية بطبيعة الحال ، وتقيد القضاء الإدارى أيضاً حتى يصدر قانون الاجراءات الادارية الجديد ، وهى كما رأينا ، مجرد تطبيق للقواعد العامة فى ممارسة الاختصاص .

ثانياً - فكرة القرارات الادارية المنفصلة :

«La théorie des actes detachables»

سوف نرى أن عقود الادارة ، سواء أكانت من عقود القانون العام أو الخاص تبرم - فى الغالب - بطريقة خاصة تقتضى فى كثير من مراحلها المختلفة صدور قرارات ادارية هى التى يطلق عليها القرارات الادارية المنفصلة . وهذه القرارات الادارية المنفصلة ، سواء أسهمت فى تكوين عقد خاص من عقود الادارة أو عقد ادارى ، فإن الطعن فيها يكون أمام القضاء الإدارى بطبيعة الحال ، باعتباره جهة الاختصاص العام فى قضاء الالغاء .

٣- والمسلم به من ناحية أخرى ، أن كل جهة من جهتى القضاء مستقلة فى تقديرها عن الجهة الأخرى ، بمعنى أنه اذا رأت جهة القضاء الإدارى أن عقداً من العقود ذات طبيعة ادارية ، فإن هذا النظر لا يلزم جهة القضاء العادى اذا ما عرض عليها الأمر . ونظراً لما يترتب على هذا الخلاف من نتائج بالغة الخطورة ، فإن المشرع - فى البلاد التى تأخذ بنظام ازدواج القضاء - ينشئ محكمة لتنازع الاختصاص ، للتحكيم بين الجهتين^(١) ، بحيث تلتزم كل من المحاكم القضائية والمحاكم الادارية بأحكام محكمة التنازع التى تصدر فى حالات تنازع الاختصاص الايجابية أو السلبية . ولقد تطور تشكيل هذه المحكمة فى مصر : فقد كانت تتولاها محكمة النقض ، ثم شكلت بطريقة مختلطة بمقتضى قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ . وأخيراً عهد بها المشرع الى المحكمة العليا (الدستورية)

(١) تراجع التفاصيل فى مؤلفنا (القضاء الإدارى) فى أى طبعة من طبعاته المتبعة .

بمقتضى قانون انشائها رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ، والذي حل محله القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ باصدار قانون المحكمة الدستورية العليا (الصادر فى ٦ سبتمبر) • ولقد سبق أن أشرنا الى حكم للمحكمة العليا صادر فى هذا الشأن ، حيث اختلفت جهتا القضاء العادى والادارى فى تكييف أحد المقود •

٤ - والمسلم به أن قواعد الاختصاص التى أشرنا اليها هى قواعد أمرة : «caractère impératif des règles de compétence» الذى يحددها ، كما أنها تتعلق بالنظام العام • ويترتب على ذلك نتائج خطيرة أهمها :

أولا : أن الادارة لا تستطيع أن تعدل فى قواعد الاختصاص عن طريق القرارات الادارية ، بل يتعين أن يتم ذلك بقانون ، وكل تعديل بأداة أقل منه ، يصبح غير مشروع • بهذا يجرى قضاء مجلس الدولة الفرنسى باستمرار • ومن ذلك على سبيل المثال حكمة الصادر فى ٣٠ يوليو سنة ١٩٤٩ فى قضية^(١) Syndicat intercommunal de Plombières-les-Dijon حيث يقول :

« ... Une telle modification des règles de compétence ne pouvait être légalement opérée par voie de règlement; par suit, et en l'absence de toute disposition législative autorisant une dérogation, il appartient ... au Conseil d'Etat de se prononcer sur le fond du litige dans la plénitude de leur juridiction ».

ثانيا : لما كانت قواعد الاختصاص تتعلق بالنظام العام ، فانه لا يجوز للادارة أن تتفق على خلافها مع المتماقد الآخر • ولكن يجب أن يميز فى هذا الخصوص بين قواعد الاختصاص النوعى ، الضابطة لتوزيع الاختصاص بين جهتى القضاء العادى والادارى ، أو فى نطاق إحدى الجهتى^(٢) وفى هذه الحالة يكون الاتفاق باطلا • ومن ثم فقد رأينا ، مدى أثر شرط الاختصاص على طبيعة المقد •

(١) المجموعة ص ٤٠٢ •

(٢) «Les règles d'attribution de compétence aux diverses catégories de tribunaux».

أما بالنسبة لقواعد الاختصاص المكانية «Les règles de compétence territoriale» فإن مجلس الدولة الفرنسي يتساهل في الاتفاق على عكسها . وقد أقر المشرع الفرنسي هذا القضاء سنة ١٩٥٣^(١) .

ثالثا : ومما يتصل بهذا الموضوع أيضا مدى شرعية « شرط التحكيم » « clause compromissoire » والاتفاق على التحكيم «compromis d'arbitrage» : والمسلم به في قضاء مجلس الدولة الفرنسي هو بطلان الشرط أو الاتفاق الا اذا أجازته المشرع صراحة^(٢) .

ولكن يجب أن يلاحظ في هذا الخصوص ما يلي :

١ - هناك فرق بين شرط (أو اتفاق) التحكيم الذي هو ممنوع كقاعدة عامة ، وبين حق الادارة في التصالح «de transiger» وهو ليس ممنوعا . وقد أقرت المحكمة الادارية العليا هذا المبدأ . ومن أحكامها في هذا الصدد حكمها الصادر في ١٠/٢/١٩٦٨ (مجموعة المبادئ ، ص ١٨٦٧) وفيه تؤكد أن الصلح لا يجوز في حقوق الادارة ، و الا اذا كانت هذه الحقوق محسوبة بصفة نهائية ، وليست محلا للنزاع ، فمعتد لا يجوز التنازل عنها الا طبقا لأحكام القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٨ في شأن قواعد التصرف بالمجان في المقارات المملوكة للدولة ، والنزول عن أموالها المنقولة . أما اذا كان الحق ذاته محلا للنزاع وخشيت الجهة الادارية أن تخسر الدعوى ، فلا تشريب عليها اذا ما لجأت الى فض هذا النزاع عن طريق الصلح . كما أن المحكمة تطبق حكم المادتين ٥٤٩ و ٥٥٢ في خصوص مقومات عقد الصلح ، وتؤكد أن النص على أنه لا يثبت الصلح الا كتابة أو بمحضر رسمي وفقا للمادة ٥٥٢ ، انما قصد به مجرد الاثبات لا انعقاد الصلح في ذاته (حكمها في ١٠/٢/١٩٦٨ ، المجموعة ص ١٨٢١) وتقرر أن عبارات الصلح يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً

(١) دكرينو ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٣ .

(٢) حكم المجلس الصادر في ٢٢ يناير سنة ١٩٢٧ في قضية «Debachy» المجموعة ص ٩٣ ، وفي ١٧ يوليو سنة ١٩٤٦ في قضية «Min des T.P.» وفي ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٨ في قضية «Hospices de Montpellier» .

(م - ١٣ العقود الادارية)

(حكمها في ١٧/٥/١٩٦٩ ، المجموعة ، ص ١٨٢٢) وأن النزاع اذا ما انعسم صلحا ، جاز لكل من المتصالحين أن يلزم الآخرين به ، ولا يجوز لأحدهم أن يمضى فى دعواه أو يثير النزاع أمام القضاء متجاهلا هذا الصلح ، والاجاز للمتصالح الآخر أن يطلب فسخ الصلح دون اخلال بحقه فى التمويض (حكمها فى ١٠/٢/١٩٦٨ ، المجموعة ، ص ١٨٢٢)

٢ - وثمة فارق أيضا بين التحكيم بآثاره القانونية المعروفة وبين اتفاق الادارة مع المتعاقد معها على احالة موضوع خلافى الى أهل الخبرة «avis d'un expert» ولكن المسلم به فى هذه الحالة أن رأى التبرير ليس له أثر القرار الصادر فى التحكيم^(١) .

هذا ويجرى المشرع فى مصر على جواز فض المنازعات بين الدولة والغير عن طريق التحكيم (راجع على سبيل المثال فتوى قسم الرأى رقم ٥٦ فى ١٠/٢/١٩٥٤ ، مجموعة أبو شادى ، ص ١٨٨) .

كما أن المشرع نفسه لا يعبد التقاضى باجراءاته الطويلة المعقدة ، وبما يكلفه من مشقة واضاعة للأموال ، على الأقل فى المنازعات بين الجهات الحكومية ، وبالنسبة للقطاع العام ، ولهذا نظم التحكيم فى المنازعات بين الوحدات الاقتصادية التابعة للقطاع العام فى القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ ، كما أنه أخرج المنازعات بين الجهات الحكومية من الاختصاص القضائى لمجلس الدولة ، وعهد بها الى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ، وجعل رأيا ملزما على النحو الذى نظمته المادة ٦٦ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ حيث تقرر :

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٧ مارس سنة ١٨٩٣ فى قضية «Cie du Nord» المجموعة ص ٢٤٥ وفى ٨ أبريل سنة ١٩٢١ فى قضية «Cie de N'Goken» المجموعة ص ٣٥١ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٥ فى قضية «Ville de Bergerac» مجموعة سبرى سنة ١٩٣٦ القسم الثالث ص ٦٥ مع تعليق البيير ، وفى ٢ يوليو سنة ١٩٤٣ فى قضية «Société Leprieux» المجموعة ص ١٧١ .

«تختص الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بإبداء الرأى مسببا فى المسائل والموضوعات الآتية : ٠٠٠

(د) المنازعات التى تنشأ بين الوزارات أو بين المصالح العامة أو بين الهيئات المحلية أو بين هذه الجهات وبعضها البعض •

ويكون رأى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى هذه المنازعات ملزما للجانبين ٠٠٠ « وعلى هذا الأساس فان أى نزاع بين شخصين من أشخاص القانون العام ، أيا كان موضوعه ، لا يطرح على القضاء ، بل تفصل فيه الجمعية العمومية المشار إليها • ويندرج فى ذلك بطبيعة الحال المنازعات المتعلقة بمقود الادارة ، سواء كانت عقودا اداريا أو من عقود الادارة التى لاتخضع للقانون العام • ولكن من المسلمات أيضا أن الجمعية العمومية ، وهى مكونة أساسا من مستشارى مجلس الدولة ، سوف تفصل فى هذه المنازعات مستهدية بقواعد القانون العام • ومن ثم فان نظرية المقعد الادارى لن تفقد قيمتها حتى فى هذا المجال •

الفصل الثانى

طبيعة اختصاص القضاء الادارى فى مجال المنازعات الادارية

من المعروف أن اختصاص القضاء الادارى يمكن رده بصفة عامة الى نوعين رئيسيين هما^(١) :

١ - القضاء الكامل «Le contentieux de pleine juridication» أو قضاء التمويض * .

٢ - قضاء الالغاء «Le contentieux de l'annulation» .

والمعروف أن سلطة قاضى الالغاء تقف عند الحكم بالغاء قرار معيب ، دون أن يوجه القاضى الى الادارة أوامر محددة بعمل أو امتناع * . أما القضاء الكامل فيخول القاضى تصفية النزاع كلية ، فيلغى القرارات المخالفة للقانون ان وجدت، ثم يرتب على ذلك نتائجه كاملة من الناحية الايجابية أو السلبية * . ومن هنا استمد هذا القضاء تسميته * . والمسلم به أن قضاء العقود الادارية ينتمى أساسا الى القضاء الكامل ، ولكنه يثير بعض النواحي التى تتعلق بقضاء الالغاء على النحو التالى :

الفرع الأول

القضاء الكامل

١ - وهذا هو القضاء الأصل فيما يتعلق بالمنازعات التى تترتب على العقود الادارية * . وقد ورد اختصاص القضاء الادارى المصرى

(١) يراجع فى التفصيل مؤلفنا (القضاء الادارى) فى أى من طبعاته المتعددة لاسمياً الطبيعة المطولة * . وراجع الباب السادس من القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ (بإصدار قانون المؤسسات العامة وشركات القطاع العام) والذى نظم التحكيم فى المنازعات التى تقع بين شركات القطاع العام وبينها وبين الحكومة بالمعنى الواسع فى المواد ص ٦٠ الى ٧٢ منه * .

بل ان المشرع فى ذات القانون قد أباح التحكيم بين شركات القطاع العام وبين غير الجهات الحكومية اذا قبله الأطراف بعد وقوع النزاع * .
وراجع القانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ فى شأن هيئات القطاع العام وشركاته * .

فى هذا الصدد مطلقا ، فلم تقيده المادة العاشرة من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بأى قيد اذ تقول : « تختص محاكم مجلس الدولة - دون غيرها - بالفصل فى المسائل الآتية : ٠٠٠ حادى عشر : المنازعات الخاصة بمقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأى عقد ادارى آخر » . ولقد استمرضنا فيما سبق تطور صياغة هذه المادة ، وهى متشابهة منذ سنة ١٩٥٥ . وقد جرت محكمة القضاء الادارى على تفسير هذا النص تفسيراً واسعاً . ومن أوضح أحكامها فى هذا الخصوص ، وأكثرها تفصيلاً ، حكمها الصادر فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٦^(١) والذي استمرضت فيه تطور اختصاص مجلس الدولة المصرى فى مجال المقود الادارية ، ثم شرحت اختصاصه فى ظل القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ بقولها : « وبهذا النص (المادة العاشرة من القانون المشار اليه) لم يعد اختصاص محكمة القضاء الادارى مقصوراً على صحة أو بطلان القرارات الادارية التى تصدر فى شأن هذه العملية المركبة ، بل امتد الاختصاص لكل ما يتعلق بالعملية (عملية التعاقد) ابتداء من أول اجراء فى تكوينها الى آخر نتيجة فى تصفية كافة العلاقات والحقوق والالتزامات التى نشأت عنها . وأصبح اختصاص محكمة القضاء الادارى ينظر المنازعات الخاصة بجميع المقود الادارية اختصاصاً مطلقاً وشاملاً لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها ، وبهذه المثابة تنظر المحكمة ما يكون قد صدر بشأن تلك المقود من اجراءات أو قرارات وذلك باعتبارها من العناصر المتفرعة عن المنازعة الأصلية فى حدود اختصاصها الكامل بالنسبة الى هذه المنازعات طالما لم يسقط أصل الحق بمضى المدة ، ذلك لأن واضح التشريع أراد أن يجعل لمحكمة القضاء الادارى ولاية القضاء الكامل فى عناصرها العملية بأسرها ، يستوى فى ذلك ما يتخذ صور قرار ادارى وما لا يتخذ هذه الصورة طالما توافرت فيه حقيقة التعاقد الادارى . وعلى هذا النحو يكون لمحكمة القضاء الادارى فى هذه المنازعات أن تفصل فى القرارات الادارية التى

(١) القضية رقم ١١٨٠ لسنة ١٠ قضائية ، السيد/ السيد احمد فرج ابراهيم ضد وزارة الصحة ومدير مستشفى الأمراض العقلية .

تتصل بعملية إبرام العقد بمقتضى ولايتها الكاملة دون حاجة الى أن تقتصر في شأنها على الالغاء ، ويكون لها تفريعا على ذلك أن تراقب مطابقة القرار للقانون وأن تجاوز هذا الحد الى رقابة الواقع .

« ومع حيث انه على مقتضى ما تقدم ، فانه متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الادارى ، سواء أكانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه ، فانها كلها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل ، دون ولاية الالغاء ... »^(١) .

٢ - وتتخذ الدعوى في هذه الحالات التى أشار اليها الحكم صورا شتى :

(أ) فقد تستهدف الدعوى بطلان العقد «action en nullité» وذلك لميب في تكوينه . ففى هذه الحالة - وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسى وهو ما يتعين الأخذ به في مصر - ليس للمتعاقد الذى يريد أن يتوصل الى الغاء العقد الا سبيل القضاء الكامل ، لأن القاعدة المسلم بها ، والتى سوف نشرحها فيما بعد ، تقوم على أن دعوى الالغاء لا توجه الى العقود الادارية . وهذه الدعوى لا يمكن لغير المتعاقد أن يرفعها بطبيعة الحال ، لأن الأجنبى عن العقد - كما تقول محكمة القضاء الادارى المصرية فى حكمها الصادر فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٦^(٢) - « ... لا يجوز له الا ان يطمئن بالالغاء لأنه أجنبى ليس للعقد فى مواجهته أية قوة فى الالزام » .

(ب) وقد تستهدف الدعوى الحصول على مبالغ مالية «reclamations pécuniaires» وذلك اما فى صورة ثمن أو أجر متفق عليه فى العقد ، أو تعويض عن أضرار تسبب فيها الطرف المتعاقد أو لأى سبب آخر

(١) وراجع حكمها الصادر فى ٢٤ مارس سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٢٢)
وقد جاء فيه أيضا : « فإذا كانت محكمة القضاء الادارى هى المختصة دون غيرها بالنظر فى المنازعات الناشئة عن عقد الاستئجار وهو عقد ادارى ... كانت المحكمة مختصة بما تفرع عن هذا العقد كالكفالة فى المنازعة المطروحة » .
(٢) سبقت الإشارة اليه .

مع الأسباب التي سنعرض لها تفصيلا فيما بعد ، والتي تؤدي الى الحكم بمبلغ مع المال .

(ج) دعوى ابطال بعض التصرفات الصادرة من الادارة على خلاف التزاماتها التعاقدية : «action en annulation» فاذا صدر مع الادارة تصرف على خلاف التزاماتها التعاقدية ، فان للمتعاقد الآخر أن يحصل على حكم بابطال تلك التصرفات عن طريق القضاء الكامل ، لأنه لا يستطيع - كما ذكرنا - أن يلجأ الى قضاء الالغاء^(١) - وتحتفظ دعواه في هذه الحالة بصفتها تلك - من حيث انها تنتمي الى القضاء الكامل - حتى ولو اقتصرنا على طلب الغاء قرار اداري أصدرته الادارة بصفتها متعاقدة . ولهذا أثره الخطير فيما يتعلق باجراءات التقاضي ومدده لاختلاف كل من قضائي الالغاء والتمويض عن الآخر في ذلك الخصوص . وهذا ما فصلته محكمة القضاء الاداري المصرية في حكمها الصادر في ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٦ حيث تقول : « ... أما ما يصدر من القرارات تنفيذا للمقد ، كالقرارات الخاصة بجزء من الجزاءات التعاقدية أو بفسخ المقد أو انهاء أو الغائه فهذه كلها تدخل في منطقة المقد وتنشأ عنه ، فهي منازعات حقوقية ، وتكون محلا للظمن على أساس استعداء ولاية القضاء الكامل ، فيفصل فيها على نحو لا يختلف عن ولاية القضاء المدني المادى عندما كان يفصل - في حدود اختصاصه - في منازعات العقود التي تبرمها الحكومة مع الأفراد باعتبارها من أعمال الادارة الصرف وتخضع فيها لسلطة المحاكم العادية أسوة بالارتباطات القانونية بين الأفراد وبعضهم » . وبتطبيق المبدأ السابق على موضوع المنازعة ، وهو يتعلق بقرار صادر بفسخ عقد توريد ومصادرة التأمين الذي دفعه المتعهد ، قالت : « كما أن القرار الصادر بفسخ المقد ومصادرة التأمين ... هذا القرار صادر تنفيذا للمقد واستنادا الى نصوصه ، فهو كما سبق البيان من القرارات التي لا تدخل في نطاق قضاء الالغاء ، بل في نطاق ولاية القضاء الكامل ... » وفي حكم آخر صادر في ٢٧ يناير سنة

(١) باعتباره متعاقدا بطبيعة الحال وكما سنرى فيما بعد .

١٩٥٧^(١) تقول في موضوع مماثل : « ومن حيث انه يبين من مساق الوقائع ... أن الحكومة استندت في الغاء العقد المبرم بينها وبين المدعى الى المادة ٦١ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ ، الخاص بالمناجم والمحاجر والى البند الثالث عشر من العقد نفسه ، فاذا كان الالغاء مستندا الى نص القانون فقط وبالتطبيق لأحكامه ، كان القرار الصادر بالالغاء قرارا اداريا ويطعن فيه أمام محكمة القضاء الادارى بدعوى الالغاء ويدخل في نطاقها ، ويرد عليه وقف التنفيذ الخاص بالقرارات الادارية . أما اذا كان الغاء العقد مستندا الى نصوص العقد نفسه وتنفيذا له ، فان المنازعة بشأنه تكون محلا للطعن أمام محكمة القضاء الادارى على أساس استبعاد الولاية الكاملة لهذا القضاء^(٢) » .

ويترتب على هذا التكييف كما ذكرنا ، ألا تنقيد دعوى الابطال هذه بمدد دعوى الالغاء . وهذا ما قطعت فيه المحكمة صراحة في حكمها الصادر في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (القضية رقم ٢٨٤ لسنة ٨ قضائية^(٣)) بخصوص طلب ابطال القرارات الصادرة من الادارة بالاستيلاء على الأدوات والمهمات المملوكة للمقاوم والموجودة في مكان العمل ، حيث تقول : « ... هذا القرار صدر تنفيذا للعقد واستنادا الى نصوصه ، فهو كما سبق البيان من القرارات التي لا تدخل المنازعة في شأنه في نطاق قضاء الالغاء ، بل في نطاق القضاء الكامل . ومن ثم كان الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بمدد الميعاد في غير محله

(١) القضية رقم ١٩٨ لسنة ١١ قضائية ، الشيخ حامد ابراهيم الشيخ ضد وزارة الصناعة ومدير مصلحة المناجم ووزارة المالية .

(٢) وراجع حكمها الصادر في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٧ (السنتان ١٢ و ١٣ ص ٣٦) حيث تؤكد أن القرار الذي تصدره جهة الادارة استنادا الى نصوص العقد الادارى يسحب العمل من التزامها معها لا يعتبر قرارا اداريا بل هو اجراء تعاقدي . ومن ثم فلا يخضع للأحكام العامة الخاصة بالغاء القرارات الادارية قضائيا ، وبطلب وقف تنفيذه ، بل يدخل في ولاية القضاء الكامل لمحكمة (٣) السيد/ فصي عباس القباري ضد وزارة الشؤون البلدية والقروية القضاء الادارى .

« ٠٠٠ » كما أنها فى حكمها الصادر فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٥٩ (س ١٤ ص ٦) تؤكد وجوب التفرقة بين طلب وقف التنفيذ المتعلق بقرار ادارى فى قضاء الالغاء ، وطلب وقف التنفيذ المتفرع عن منازعة تتعلق بمعد ادارى . ففى الحالة الأولى يرتبط وقف التنفيذ بطلب الالغاء ، ويتقيد بالمدة المقررة لوقف التنفيذ . أما فى الحالة الثانية فان « ٠٠٠ » الطلب المستعجل فى نطاق القضاء الكامل يتحرر من القيد ، ويستقل بجانبه الزمنى طالما تكاملت أسبابه » .

(د) وأخيرا فقد تستهلف الدعوى فسخ العقد «action en resiliation» ذلك أن المتعاقد له أن يطالب بفسخ عقده فى حدود معينة سنمرض لها تفصيلا فى حينها ، ودعواه فى هذا الصدد تندرج فى نطاق القضاء الكامل أيضا .

٣- ولا يقتصر اختصاص محكمة القضاء الادارى على المنازعات المتعلقة مباشرة بالمعد ، سواء فى تكوينه أو تنفيذه أو انهاءه ، بل يمتد اختصاصها الى كل ما يتفرع عن ذلك . وعلى هذا الأساس قضت المحكمة باختصاصها :

١ (أ) بالنظر فى جميع الطلبات المستعجلة المتعلقة بالمعقود الادارية . وقد بررت اختصاصها على النحو التالى : « ومن حيث ان المادة العاشرة من القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ وقد جعلت اختصاص محكمة القضاء الادارى بالفصل فى المنازعات الخاصة بالمعقود الادارية اختصاصا مطلقا شاملا لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها ، أصبحت هى وحدها قاضى المعد ، ولم تعد هناك جهة قضائية أخرى لها ولاية الفصل فى شئ من هذه المنازعات على الوجه السابق بيانه ، فان هذا التنظيم القضائى يجعل اختصاص محكمة القضاء الادارى بالفصل فى الطلبات المستعجلة متفرعا من اختصاصها بنظر الموضوع الأصلى . وما دامت مختصة بنظر الأصل ، فهى مختصة بنظر الفرع أى فى الطلب المستعجل دون أن يحتج أمامها بأن الفصل فيه يمس أصل الحق أو موضوع النزاع ، لأنها وحدها مختصة

بالفصل فى هذا الموضوع • وما هو جدير بالذكر فى هذا الصدد أن
الفقرة الأخيرة من المادة ٤٩ من قانون المرافعات التى نظمت
اختصاص القضاء المستعجل فى المحاكم العادية نصت فى فقرتها
الأخيرة على اختصاص محكمة الموضوع أيضا بالفصل فى الطلبات
المستعجلة إذا رفعت إليها بطريق التبعية • فإذا كان هذا هو الشأن
فى المحاكم العادية ، فإنه أولى بالاتباع فى نظام القضاء الإدارى ،
تأسيسا على قاعدة أن قاضى الأصل هو قاضى الفرع • وغاية الأمر أن
المحكمة تفصل فى الطلب المستعجل فى الحدود والقوابل المقررة
للفصل فى الطلبات المستعجلة ، فتتظر أولا فى توافر الاستعجال على
حسب الحالة المعروضة والحق المطلوب المحافظة عليه ، ثم تستظهر جدية
الأسباب أو عدم جديتها بالنسبة إليها فى ظاهرها فتحكم على مقتضى
هذا النظر حكمها المؤقت فى الوجه المسجل للنزاع باتخاذ الاجراء
المطلوب أو رفضه دون المساس بالناحية الموضوعية للنزاع ، وهو الذى
تفصل فيه المحكمة بعد ذلك فصلا نهائيا على مقتضى ما تبينه من دلائل
موضوعية يقدمها كل من طرفى الخصومة ^(١) •

ومن ثم فإن المحكمة مختصة بالفصل - بصفة مستعجلة - فى
وقف تنفيذ القرار الصادر بفسخ عقد توريد ، وهو الموضوع الذى
صدر بخصوصه الحكم السابق •

كما تختص بالحكم بتميين حارس إذا اقتضى الأمر ذلك ، لأن • •
المنازعة الادارية المطروحة عليها فى شأن اقامة حارس لبيع السيارات
التي استولت عليها البلدية لسحب الالتزام مع المدعى عليه • • •
تتصل بالحقوق التى يدعيها كل من مانح الالتزام والمتلزم على هذه
السيارات باعتبارها من أدوات المرفق موضوع عقد الالتزام • • ^(٢)

كما تختص بالفصل فى طلب وقف تنفيذ القرار الصادر
باستيلاء الحكومة على الأدوات والمهمات المملوكة للمتعاقد والموجودة

(١) حكم المجلس فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٦ وقد سبقت الإشارة اليه •
(٢) حكم المجلس فى ٢٤ يناير سنة ١٩٥٦ ، السنة العاشرة ، ص ١٦٣ •

فى محل العمل ، لأن المنازعة « ... تتعلق بمقد أشغال عامة وهو مع
المقود الادارية التى تختص بها هذه المحكمة^(١) » .

(ب) كذلك قضت المحكمة باختصاصها بالفصل فى طلب التمويض
عن حجز الملتزم لبعض المربات التى قضت هيئة التحكيم بأنها ملك
للبلدية بقولها : « ومع حيث أن اختصاص محكمة القضاء الادارى
بنظر المنازعات المتعلقة بالمقود كما أوردته المادة الماشرة ... هو
اختصاص مطلق شامل لأصل تلك المنازعات ولجميع ما يتفرع عنها
(الى آخر الصيغة التفصيلية التى سبق ذكرها فى أكثر من حكم) ...
ومن حيث ان دعوى البلدية تقوم على المطالبة بتمويض عما لحقها مع
خسارة بسبب عدم انتفاعها بالسيارات المحكوم بملكيتها لها بناء على
التزام النقل بالسيارات وبقائها تحت يد الشركة المدعى عليها بسوء
نية تنتفع هى بها ، ولم تقم بتسليمها تنفيذا للحكم الصادر من هيئة
التحكيم بأيلولة ملكية هذه السيارات للحكومة وتسليمها لها تنفيذا
لشروط عقد الالتزام » .

ومن حيث أن المنازعة على هذا الوجه انما تستند الى عقد الالتزام
الذى يوجب تسليم السيارات عقب انتهاء مدة الالتزام ، وهى مرحلة
من مراحل تصفية العلاقات والحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد
ومرتبطة به ارتباطا وثيقا ... » (٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٦ القضية
رقم ٤٢٧٩ لسنة ٩ قضائية^(٢)) كما قضت فى حكمها الصادر فى
٢٤ مارس سنة ١٩٦٠ (سبق) بأن اختصاصها بالمنازعات المتعلقة
بمقد الاستثمار ، وهو عقد ادارى ، يمتد الى الكفالة فى المنازعة
المطروحة .

(ج) وأخيرا فقد جاء فى حكم المجلس الصادر فى ٢٤ أبريل سنة
١٩٥٦ ، أن مقتضى كون اختصاص محكمة القضاء الادارى فى مجال
المقود الادارية ، مطلقا ، شاملا لأصل النزاع وما يتفرع عنه

(١) حكمها الصادر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ وقد سبقت الإشارة اليه .

(٢) بلدية القاهرة ضد شركة أتوبيس اخوان مقار .

« ٠٠٠ أن يكون للمحكمة ولاية القضاء كاملة ، حتى يتسنى لها أداء رسالتها ومباشرة اختصاصها ، فلها تطبيق الأحكام الواردة فى الباب الحادى عشر من الكتاب الأول من قانون المرافعات والمتعلقة بالأوامر التى تصدر على عريضة أحد الخصوم » وقانون مجلس الدولة - على التفصيل السابق - يسمح من حيث المبدأ بتطبيق هذه الأحكام كإجراء من الاجراءات التى تتبعها محكمة القضاء الادارى طالما أنه لم يمنع ذلك منعا صريحا « » .

(د) وأقرت المحكمة الادارية العليا هذا القضاء فى حكمها الصادر فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٨ (م ١٣ ، ص ٥٤٩) حيث تؤكد أن محكمة القضاء الادارى ، لما كانت مختصة بالفصل فى أصل النزاع ، فإنها تختص تبعا : « بالفصل فيما يتفرع عن هذه المنازعات من أمور مستتبلة » ومن ثم يدخل فى اختصاصها النظر فى طلب ندم خير فى شأن نزاع قام بخصوص المقعد الادارى المبرم بين المدعى وبين هيئة المواصلات السلوكية واللاسلكية » .

٤ - على أنه يجب أن نذكر ملحوظتين أساسيتين فى هذا الخصوص:
الأولى : أن الاختصاص بالفصل فى المنازعات المتعلقة بالمقعد الادارية كان حتى سنة ١٩٧٢ مقنودا لمحكمة القضاء الادارى دون غيرها من جهات القضاء الادارى المصرية ، وبالتالي لم تكن أية جهة قضائية أخرى تختص بالنظر فى هذه المنازعات أو ما يتفرع عنها الا بنص تشريعى صريح . وبهذا المعنى صدر حكم المحكمة الادارية العليا فى ١٣ مايو سنة ١٩٦١ (السنة ٦ ، ص ١٠٤٠) فبعد أن أوضحت أن المقعد المبرم مع الطالب المتطوع فى الجيش الموفد فى البعثة ، وعقد كفيله « هما عقدان ادريان توافرت فيهما خصائص ومميزات المقود الادارية لأن القصد منهما تسيير مرفق عام ، هو مرفق الجيش ، ولأنهما يتضمنان شروطا غير معروفة فى القانون الخاص » أستطردت تقول انه لا اختصاص للمحكمة الادارية بنظر الغاء قرار ايقاد الطالب المتطوع فى الجيش فى البعثة

وملاحقته بالنفقات الدراسية بالتضامن مع الكفيل ، على أساس أن المنازعة تتعلق بمقدين إداريين .

أما في ظل قانون مجلس الدولة الحالي ، رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ، فإن المشرع قد أدخل تعديلا في هذا الصدد ، إذ جعل المحاكم الإدارية مختصة بالفصل في المنازعا الإدارية « متى كانت قيمة المنازعة لا تجاوز خمسمائة جنية » (الفقرة الثالثة من المادة ١٤ من القانون) وهذا الاختصاص المستحدث يشمل أصل النزاع وما يتفرع عنه . وبهذا النص المستحدث أصبحت المنازعات المتعلقة بالمقود الإدارية غير مقصورة على محكمة القضاء الإداري كما كان أن الشأن من قبل ، ولكنها أصبحت شركة بين المحاكم الإدارية وبين محكمة القضاء الإداري . ولكن من المعلوم أن أحكام المحاكم الإدارية قابلة للاستئناف جميعها أمام محكمة القضاء الإداري ، مما ييسر لهذه المحكمة أن توحد أحكام المنازعات الإدارية ، وتبث الانسجام بينها ، تحت رقابة المحكمة الإدارية العليا بطبيعة الحال .

الثانية : أن استقلال كل من جهتي القضاء (المادي والإداري) بتكليف العقد ، ينعكس على المنازعات المتفرعة عنه ، وعلى الطلبات المستعجلة المتعلقة به . وعلى هذا الأساس يمكن الالتجاء - في نظرنا - إلى قضاء الأمور المستعجلة بالنسبة إلى المسائل المتفرعة عن عقود الإدارة والتي ليست لها الصفة الإدارية باستمرار ، كمقود الامتياز والأشغال العامة ، وذلك انتظارا للفصل في الموضوع ، والذي يتقرر على مهل ، خصوصا إذا وضعنا في اعتبارنا أن المحاكم الإدارية المختصة لم تنتشر في جميع الأقاليم ، وقد تقوم دواع مستعجلة تقتضي اتخاذ اجراء سريع لا علاقة له بالموضوع ، كاثبات حالة مثلا . كل ذلك في انتظار انشاء القضاء الإداري الكامل - الذي توزع محاكمه على جميع اقليم الدولة - وإصدار قانون الاجراءات الإدارية .

ولقد وجدنا تطبيقا لهذه الحالة في حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٦ أبريل سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٧٦٦) حيث نفذت

احدى الشركات عملية لحساب احدى البلديات • وبعد التسليم اكتشف فى العملية عيب ترتب عليه هبوط المجارى • فرفعت البلدية المعنية دعوى مستعجلة لاثبات حالة الهبوط ، وقبلتها المحكمة المستعجلة ، وهو تطبيق عملى للحالة الافتراضية التى شرحناها •

الفرع الثانى

قضاء الالفاء فى مجال العقود الادارية

١ - ذكرنا أن قضاء العقود الادارية ومسئولية الادارة عن اعمالها غير التماقدية ، يكون المجال الاصيل للقضاء الكامل • وبالتالي فان مجال قضاء الالفاء فى نطاق العقود الادارية محدود • والمتبع لقضاء مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص يجد أن ذلك القضاء يقوم على مبدأين أصيلين :

الأول : أن دعوى الالفاء لا يمكن أن توجه الى العقود ، ذلك أن من شروط قبول دعوى الالفاء أن توجه الدعوى الى قرار ادارى ، ولكنها لا يمكن أن توجه الى عقد من العقود ، لأن العقد هو توافق ارادتين ، بينما القرار هو تعبير عن ارادة الادارة بمفردها^(١) •

وذلك لا معنى بحال من الأحوال عدم امكان ابطال العقد ، وانما مجال ذلك - كما رأينا - هو القضاء الكامل • ويترتب على ذلك نتيجة هامة ، وهى أن ابطال العقد - على هذا الأساس - لا يمكن أن يصل اليه الا أحد أطرافه ، لأنه ليس لغير الطرفين المتماقدين أن يرفع دعوى تستند الى العقد • ومن ناحية أخرى فان شروط الدعوى تختلف فى الحالتين : والخلاف فى فرنسا أظهر فيما يتعلق بإجراءات كل من الدعويين ، ولكنه لا يظهر فى مصر الا من ناحية شرط المصلحة ، ذلك أن هذا الشرط يفسر بقاية الاتساع فى نطاق دعوى الالفاء • أما فى مجال القضاء الكامل فانه يؤخذ بمعنى ضيق^(٢) •

(١) فى التفاصيل « القضاء الادارى » فى أى من طبعاته الجديدة لا سيما المطول •

الثاني : أنه في مجال قضاء الالغاء لا يمكن الاستناد الى مغالفة الادارة لالتزاماتها التعاقدية كسبب من الأسباب التي تجيز طلب الغاء القرار الادارى . فدعوى الالغاء هي جزاء لمبدأ المشروعية «sanction de la légalité» والالتزامات المترتبة على العقود الادارية هي التزامات شخصية^(١) . «obligations subjectives»

٢ - وبالرغم من الاطلاق الذى قد يستشف من القاعدتين السابقتين ، فان مجلس الدولة الفرنسى قد أفسح مكانا محدودا للاستثناء منهما فى حالتين تتميزان بخصائص ذاتية هما حالتا :

أولا : القرارات الادارية المنفصلة عن عملية التعاقد .

ثانيا : طعون المستفيدين فى حالة عقود الامتياز .

ونعرض لدراسة هاتين الحالتين على التوالى :

١ - § الغاء القرارات الادارية المنفصلة

لا تتمتع الادارة - كما سنرى فيما بعد - بذات الحرية التي يتمتع بها الأفراد فى إبرام عقودهم . ومن ثم فانها تلتزم فى معظم الحالات بأن تتبع طريقا مرسوما لكى تصل الى اختيار التعاقد معها ، سواء أكان العقد من عقود القانون الخاص أو من العقود الادارية . ويحدث أن تصدر من الادارة - وهى بسبيل التعاقد - قرارات ادارية تستهدف التمهيد لإبرام العقد أو السماح بإبرامه أو تحول دون إبرامه . . . الخ كما سنرى تفصيلا فيما بعد . وهذه القرارات - كما هو واضح - ليست بغاية فى ذاتها ، ولكنها تندمج فى عملية

(١) حاول بعض الفقهاء الدفاع عن وجهة النظر العكسية ، مثال ذلك العميد بونار ، تعليقه المنشور فى مجموعة مبرى سنة ١٩٣٠ القسم الثالث ص ٥٧ ، ولكن مجلس الدولة يرفض ذلك ويجرى قضاؤه على المبدأ الذى أشرنا اليه فى المتن : على سبيل المثال حكمه الصادر فى ٩ يناير سنة ١٩٢٩ فى قضية «Société thermale Benoist» المجموعة ص ٢٨ وفى ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٥ فى قضية «Benoist» المجموعة ص ١٠٢٧ .

التماقد - فهل تعتبر جزءا من التماقد ، وتندرج بالتالى فى قضاء العقود أى القضاء الكامل ؟! أم تعامل على أساس كيانها الذاتى ، ومن ثم يجوز الطعن فيها استقلالا عن عملية التماقد ؟! لقد أخذ مجلس الدولة الفرنسى فى وقت من الأوقات بالمسلك الأول - ولكنه عدل عنه منذ أمد طويل - وبمسلك مجلس الدولة الفرنسى الجديد أخذ مجلس الدولة المصرى من أول الأمر ، وما يزال يمتنق هذا القضاء كما سنرى -

على أنه قد يصدر من الادارة قرارات ادارية أخرى ، يصدق عليها الحكم السابق ، ولكنها لا تتعلق بإبرام العقد ، بل يكون لها أثرها على العقد بعد إبرامه - وحينئذ يكون للتماقد أن يطمئن فى هذه القرارات بالالغاء ، وفيما يلى نعرض للحالتين -

أولا : طلب الغاء القرارات الادارية المنفصلة

المقدم من غير التماقد

١ - تستهدف الطائفة الأولى من القرارات المنفصلة «actes detachables» كما ذكرنا - العمل على اتمام التماقد أو الحيلولة دون اتمامه ، ويكون الطعن فيها لغير التماقد ، لأن سبيل التماقد هو القضاء الكامل أمام قاضى العقد - أما غير التماقد فلا يمكنه أن يلجأ الى قاضى العقد ، ومن ثم فقد فتح له باب قضاء الالغاء - وهذا ما أخذ به مجلس الدولة المصرى منذ مدة - ومن أقدم أحكامه فى هذا الخصوص حكمه الصادر فى ١٩٤٧/١١/٢٥ والذى يقول فيه : « ومن حيث أنه مما يجب التنبيه اليه أن من العمليات التى تباشرها الادارة ما قد يكون مركبا له جانبان أحدهما تماقدى بحث تختص به المحكمة المدنية ، والآخر ادارى يجب أن تسير فيه الادارة على مقتضى النظام الادارى المقرر لذلك ، فتصدر بهذا الخصوص قرارات من جانب واحد ، تتوافر فيها جميع خصائص القرارات الادارية تتصل بالعقد من ناحية الاذن به أو إبرامه ، أو اعتماده ، فتختص محكمة القضاء الادارى بالغاء هذه القرارات اذا وقعت مخالفة للقوانين أو (م - ١٤ العقود الادارية)

اللوائح ، وذلك دون أن يكون لالفائها مساس بذات العقد الذى يظل قائما بحالته الى أن تفصل المحكمة المدنية فى المنازعة المتعلقة به»^(١).

ومن أوضح أحكام محكمة القضاء الادارى فى هذا الخصوص حكمها الصادر فى ٨ يناير سنة ١٩٥٦ (س ١٠ ص ١٣٥) والذى يقول : « والمحكمة ترى فى تحليل العملية القانونية التى تنتهى بأبرام العقد الى الأجزاء المكونة له أن القرارات السابقة أو اللاحقة على العقد كوضع الادارة لشروط المناقصة أو المزايدة وقرارات لجنة البت والقرار بارساء المناقصة أو المزايدة هى بغير منازع قرارات ادارية منفصلة عن العقد ومن ثم يجوز الطعن فيها بالالغاء بسبب تجاوز السلطة . ويمكن المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عليها ان كان لهذا التعويض محل . أما العقد ذاته فان المنازعة بشأنه تدخل فى اختصاص هذه المحكمة بحسب طبيعة العقد والاختصاص المعقود للقضاء الادارى ، فالقرار المطعون فيه الصادر من مصلحة الاذاعة بارساء مزاد توزيع مجلتى الاذاعة المصرية وكايرو كولنج على شركتى التوزيع المصرية انما هو قرار ادارى صادر من جانب واحد هو جهة الادارة بناء على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح » .

٢ - واذا كنا قد درسنا فكرة القرار الادارى المنفصل مع العقد الادارى ، فان تلك الفكرة أوسع مدى ، لأنها ليست مقصورة على العملية التعاقدية ، وانما تدخل فى كل عملية مركبة سواء انتهت بالتماقد أو بغيره ، مثل اجراءات نزاع الملكية، أو التعيين فى الوظائف العامة عن طريق المسابقات العامة ، أو اجراءات الانتخابات المحلية الخ فمجلس الدولة فى فرنسا يجرى باستمرار على جواز فصل القرارات التى تسهم فى تكوين تلك العمليات ، والطعن فيها استقلالا عن طريق دعوى الالغاء .

ولكن الطعن فى القرار الادارى المنفصل عن طريق دعوى الالغاء ،

(١) مجموعة أحكام المجلس ، السنة الثانية س ١٠٤ .

فى حالة العقود الادارية ، يتميز بنتيجة أساسية ، بالغة الخطورة ، تنحصر فى أثر الالفاء على العقد الادارى : فالمسلم به أن الفاء القرارات الادارية المنفصلة يؤدى الى بطلان ما يترتب عليها من نتائج لأن ما يبنى على باطل فهو باطل . ولكن مجلس الدولة الفرنسى يجرى باستمرار ، ومنذ أمد بعيد ، على أن الفاء القرارات المنفصلة فى حالة العقود الادارية وحدها لا يمكن أن يؤدى بذاته الى الفاء العقد ، بل يبقى العقد سليما وناظدا حتى يتمسك أحد أطرافه بالحكم الصادر بالالفاء - بناء على الأثر المطلق لحكم الالفاء - أمام قاضى العقد ، سواء أكان العقد خاصا أو اداريا ، وحينئذ يجوز لقاضى العقد أن يحكم بالفائه استنادا الى سبق الفاء القرارات الادارية المنفصلة والتي ساهمت فى اتمام عملية التعاقد . والحكم الرئيسى لمجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد هو حكمه الصادر فى ٤ أغسطس سنة ١٩٠٥ فى قضية «Martini»^(١) وقد صور المفوض روميو تلك الحالة فى مذكرته بهذا الخصوص حيث يقول مخاطبا مستشارى المجلس : « اننا لا ننكر أن قيمة الالفاء فى هذه الحالة نظرية «platonique» فالادارة تستطيع أن تصحح الوضع باجراء لاحق ، وقد يبقى العقد برغم الالفاء اذا لم يتقدم أحد المتعاقدين الى قاضى الموضوع بطلب فسخ العقد . ولكن هذه النتيجة يجب ألا تدهشكم أو تبعث التردد فى نفوسكم ، فأنتم تعلمون تماما أن دعوى الالفاء فى بعض الحالات لا تؤدى الا الى نتائج نظرية . فليس على قاضى لالفاء الا أن يبحث فيما اذا كان القرار المطعون فيه يجب أو لا يجب أن يلغى ، دون أن يهتم بما يترتب على هذا الالفاء من نتائج سلبية أو ايجابية . فاذا صححت الادارة الوضع القانونى باجراء لاحق ، فان هذا يحمل فى طياته أسمى آيات الاحترام لحكمكم . أما اذا صمم الطرفان على الاحتفاظ بالعقد رغم حكم الالفاء ، فسيكون لهذا الحكم دائما أثر هام يتركز فى أنه أعلن حكم القانون ، ولم يفلق أبواب المحكمة فى وجه مواطن يستعمل رخصة قد خوله اياها القانون

(١) مجموعة سبرى سنة ١٩٠٦ ، القسم الثالث ، ص ٤٩ .

لكي يراقب قرارات الادارة ، وانه قد نور الرأى العام بحيث يمتنع فى المستقبل العودة الى هذه التصرفات الخاطئة ، وهذا يتفق بصفة قاطعة مع تقاليد قضائكم المستنير ، ومستلزمات الديمقراطية المنظمة . . . »

ولقد أقر مجلس الدولة المصرى من تاريخ بعيد نسبيا هذه النتائج التى نادى بها المفوض روميو ، وأقرها مجلس الدولة الفرنسى ، وذلك فى حكمه الصادر فى ١٩٤٧/١١/٢٥ ، والذى سبقت الاشارة اليه . فبعد أن أقر مبدأ جواز الطعن فى القرارات الادارية المنفصلة التى تساهم فى تكوين العملية التعاقدية على النحو الذى ذكرناه فيما سبق ، استطرد قائلا : « ومن حيث انه لا يقدح فيما تقدم ما قد يخيل يادى الرأى من أن الطعن بالالفاء يكون فى مثل هذه الحالة غير مجد ما دام لا ينتهى الى الغاء العقد ذاته ، وذلك لأن مناط الاختصاص هو ما اذا كان ثمة قرار ادارى يجوز أن يكون محلا للطعن بالالفاء أم لا . فحيثما يمكن فصل مثل هذا القرار من العملية المركبة ، فان طلب الغائه يكون والحالة هذه من اختصاص محكمة القضاء الادارى . على أن وجه المصلحة فى الطعن ظاهر ، اذا لوحظ أن قرار الالفاء قد يكون محل تقدير المحكمة المدنية (أو الادارية) كما أن الأغيار الذين لا يستطيون الطعن فى العقد مدنيا لفقد ان الحق الذى يخولهم ذلك على اعتبار أنهم ليسوا أطرافا فى العقد ، يمكنهم الطعن بالالفاء فى القرار الادارى المتصل به ، متى كانت لهم مصلحة شخصية ومباشرة فى هذا الطعن . وقد يؤدى الغاء القرار الادارى الى تسوية الأمر على نحو يحقق مصلحتهم . . . »

ولقد ثبت المحكمة الادارية العليا هذا القضاء باستمرار ، ومن ذلك على سبيل المثال حكمها الصادر فى ١٩٧٥/٤/٥ (مجموعة المبادئ المؤقتة ، ص ١٦) حيث تقول : « ينبغي التمييز فى مقام التكييف بين العقد الذى تبرمه الادارة ، وبين الاجراءات التى يمهدها لا برام هذا العقد . . . فان من هذه الاجراءات ما يتم بقرار من

السلطة الادارية المختصة . . . ومثل هذه القرارات يجوز لدى الشأن
الطنن فيها بالالفاء استقلالاً » .

٣ - ولقد سبق أن ذكرنا أن اختصاص القضاء الادارى بالفصل
فى المنازعات المتعلقة بالمعقود الادارية يستتبع الفصل فى أصل
النزاع وجميع ما يتفرع عنه . وعلى هذا الأساس قضى المجلس
باختصاصه بالفصل فى المنازعات المستعجلة المتعلقة بموضوع
النزاع . فاذا أصدرت الادارة قرارا اداريا منفصلا ، فانه يجوز
الطنن فيه كما ذكرنا استقلالاً ، فهل يجوز طلب وقف تنفيذه بصفة
مستعجلة ؟ يبدو أنه من المتعين الاجابة بالايجاب بناء على المقدمات
التي ذكرناها . ولكن الادارة أرادت أن تستمد من قضاء مجلس
الدولة السابق ، من حيث انه لا أثر للحكم بالالفاء - فيما لو صدر -
على موضوع العقد ، حجة تستند اليها فى استبعاد قضايها وقف تنفيذ
القرارات الادارية المنفصلة من اختصاص المجلس ، بحجة أنه
لا مصلحة لرافع الدعوى فى طلب وقف التنفيذ ، فى حالة ما اذا كان
العقد قد أبرم . وقد ردت محكمة القضاء الادارى المصرية على هذه
الدعوى ، فى حكمها الصادر فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٦^(١) حيث
تقول : « . . . ومن حيث انه لا حجة فيما يقال فى هذا الصدد من
أن جهة الادارة تعاقبت مع من رست عليه المناقصة مما يبدو معه
لأول وهلة أن الطمن بالالفاء يكون فى مثل هذه الحالة عديم الجدوى
ما دام لا ينتهى الى الفاء العقد ذاته مما ينتفى معه ركن المصلحة فى
الدعوى ، أو أن طلب وقف التنفيذ انما يهدف الى منع الادارة من
تنفيذ قرار ارساء المناقصة والتعاقد مع الراى عليه العطاء . فاذا
كان التعاقد قد تم - كما هو الشأن فى هذه الدعوى الحالية - فلن
يعود الحكم بغائده على المدعى ، اذ أن الحكم بوقف التنفيذ لا يمس
موضوع الدعوى ، وما دام هدف المدعى لا يتحقق فإن مصلحته تكون
معدومة . . . لا حجة فى هذا كله لأن مبادرة جهة الادارة الى اتخاذ

(١) القضية رقم ١٧٥٣ لسنة ١٠ قضائية ، السيد على محمد عزت ضد
وزارة الصحة .

اجراء من شأنه اقرار الوضع المخالف للقانون أو تنفيذ القرار الادارى المعلوم فيه لا يحول دون طلب الغاء القرار ، ولا يعصمه من الالغاء لسبب من أسباب عدم المشروعية ، اذ أن قاضى الالغاء لا يبحث الا فيما اذا كان القرار المعلوم فيه يجب أو لا يجب أن يلغى دون أن يهتم بما يترتب على هذا الالغاء من نتائج سلبية أو ايجابية . كما أن شرط توافر المصلحة فى الدعوى يتأكد بوجود هذه المصلحة بالفعل ولا يدور وجودا وعدما مع تصرف الادارة على نحو معين تستغذه ذريعة للدفع بانعدام المصلحة ، والقول بغير ذلك فيه خلط بين تحديد آثار الالغاء ، وبين وجود المصلحة فى طلب الالغاء ، فاذا صح أن الغاء القرار الادارى فى الحالة المعروضة لا يؤدى الى اهدار العلاقة التعاقدية التى نشأت عنه ، الا أن هذا لا ينفى وجود المصلحة فى طلب الغاء هذا القرار ، اذ من المحتمل أن يؤدى الحكم الذى يصدر بالالغاء الى فسخ أو تصحيح الوضع تأسيسا على عدم الابقاء على تصرف يقوم على قرار حكم بالنائه ، وعلى أنه مما يتعارض مع المنطق أن يلغى قرار ارساء المناقصة ثم يظل الاجراء المترتب عليه (وهو ابرام العقد) قائما . على أن لطالب الالغاء مصلحة مؤكدة فى أنه بناء على حكم الالغاء يستطيع أن يحصل على تمويض من جهة الادارة . يضاف الى ما تقدم أن القول بانعدام المصلحة فى طلب الغاء قرار ارساء المناقصة ما دام الالغاء لا ينتهى الى الغاء التعاقد الذى تم . . . هذا القول ينتهى الى نتيجة شاذة وهى أن يستفلق باب الطعن فى القرارات الادارية التى تصدر فى المرحلة الأولى من مراحل عملية المناقصة بدعوى انعدام المصلحة فى الفائتها بعد ابرام العقد ، فى حين أن هذه القرارات يجوز الطعن فيها استقلالا ، هذا الى أن ابرام العقد ليس سوى مرحلة من مراحل تنفيذ عملية المناقصة ، فاذا طعن بالالغاء فى أحد القرارات الادارية السابقة على ابرام العقد ، ومع ذلك أبرم العقد ، فان ذلك لا يخرج عن أنه تنفيذ لقرار ادارى معلوم فيه بالالغاء ، وهذا التنفيذ لا يمنع من الحكم بالالغاء كما سبق البيان . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فانه لما كان طلب وقف التنفيذ ليس الا عرضا للجانب الحاد من المنازعة الموضوعية بطلب الالغاء ،

فانه يترتب على قبول طلب الالغاء أن يكون طلب وقف التنفيذ بدوره مقبولا وبغير اعتداد في هذا الشأن بقيام الادارة بتنفيذ القرار محل الطعن ، لأن التنفيذ هنا تصرف من جانب الادارة مردود عليها ، والاستناد اليه في الدفع بانعدام المصلحة معناه أن في مكتة الادارة دائما أن تضع القضاء أما الأمر الواقع وتمطل مهمته ، وهو ما يهدر الرقابة القضائية ذاتها » .

٤ - والواقع أن قراءة هذه الفقرات المطولة من الحكم السابق ، تكشف عما في موقف القضاء - سواء في فرنسا أو في مصر - من تناقض : فالقرار المنفصل ، والذي يحكم بالفائه ، هو مرحلة من مراحل العملية المركبة ، ويترتب عليه سلامة العملية كلها . وبالتالي فإن ابطال القرارات الادارية المنفصلة يؤدي الى ابطال ما يترتب عليها . ولم يستثن المجلس من هذه القاعدة الا حالة أن تنتهي العملية المركبة بمقعد . وهذا الاستثناء لم يعد له ما يبرره في الوقت الحاضر^(١) ، فالحقيقة أن مسلك مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص يرجع الى أسباب تاريخية مقصورة على فرنسا ، فقد كان سببه قاعدة عدم قبول دعوى الالغاء اذا وجد طريق طعن مقابل (أو مواز) «recours parallèle» فلما بدأ المجلس يتخلى عنها ، فعل ذلك تدريجيا ، فألقى القرار الذي كان أساسا للمقعد دون أن يتصدى للمقعد . ولهذا فأننا نرى أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي هو بمثابة فترة انتقال ، ولا محل لأن نتقيد به في مصر ، لأنه - كما يقول مجلس الدولة المصري في حكمه السابق - « ... مما يتعارض مع المنطق أن يلغى قرار ارساء المناقصة ثم يظل الاجراء المترتب عليه (وهو ابرام المقعد) قائما ... » . ولهذا فقد رأينا الفقهاء الحديثين في فرنسا ينادون بضرورة تخلي مجلس الدولة الفرنسي عن قضائه السابق : فالفقيه بيكيو ، في رسالته عن

(١) تراجع التفاصيل في مؤلفنا « القضاء الاداري » .

« النظرية العامة للعقد الإداري »^(١) يرى أن القضاء السابق غير منطقي ، وأنه يتمين على القضاء الإداري إلغاء العقد المبني على قرار حكم بالفائه ، لأن عدم مشروعية القرار يسري الى العقد المبني عليه . وقد اقترح ، اذا لم يقبل القضاء هذا الحل الأصيل ، أن يسلك في هذا الصدد ، المسلك الذي كثرا ما يلجأ اليه في مجال الوظيفة العامة ، فيحيل الأمر الى الادارة لتعمل حكم القانون ، أي تعمل على إلغاء العقد .

أما الفقيه «Weill» فإنه في رسالته الهامة بمنوان : « نتائج إلغاء القرار الإداري لميب تجاوز السلطة »^(٢) فيرى أن فصل القرارات الإدارية التي تساهم في تكوين العملية المركبة انما يقصد به مجرد قبول دعوى الإلغاء . أما عند النظر الى شرعية العملية برمتها، فيجب أن ينظر الى العملية ككل لا يتجزأ . « tout indivisible » فيبطل العقد اذا بطل أى قرار كان أساسا لاصداره .

ويبدو أن مجلس الدولة الفرنسي قد بدل يسير في هذا الاتجاه ، ولا أدل على ذلك من حكمه الصادر في أو مارس سنة ١٩٥٤ في قضية «Société l'Energie industrielle»^(٣) ، ففي هذا الحكم قضى المجلس بأن إلغاء القرار الصادر بالتصديق على عقد امتياز ، يجعل طلب التفسير المقدم الى المجلس بعد ذلك غير ذي موضوع ، لأن الشروط الواردة في العقد لا يمكن تنفيذها ، بالرغم من أنه لا الادارة ولا

(١) طبعة سنة ١٩٤٥ ص ٥٨٣ ، حيث يقول :

«Le resultat le plus clair de cette doctrine c'est de laisser subsister l'illégalité dans l'acte qui s'exécute et doit encore produire des effets dans l'avenir. Né serait-il pas plus logique ... de permettre au juge d'annuler le contrat qui porte vraiment l'illégalité ... A défaut de cette solution radicale mais aussi la plus logique, on a proposé au juge d'user ici de la procédure qu'il a instaurée dans le contentieux de la fonction publique en renvoyant l'affaire devant l'autorité compétente, pour faire ce quo de droit».

(٢) «Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir» thèse Paris. 1952.

(٣) المجموعة ص ٦٦ ، وراجع الفقرة الأخيرة من الحكم والتي تقول :

«Bien que ni le concédant ni le concessionnaire n'aient demandé au juge de constater qu'en l'absence d'acte définitif de concession la convention n'avait pas fait naître les droits qui résultent d'une concession».

المتعاقد معها قد طلب أمام قاضى العقد ترتيب الآثار التى تتولد عن الحكم الصادر بالالغاء .

هذا ولقد سبق لقسم الرأى مجتمعا أن أبدى رأيا مقاربا فى فتواه رقم ٦٨٤ الصادر بتاريخ ١٣/١٢/ سنة ١٩٥١ (مجموعة أبو شادى ، ص ٧٤٤) حيث يقول « من المقرر فى القانون الإدارى أن العقد يتم على مرحلتين الأولى تتم فيها الأعمال التمهيدية ، والثانية يتم فيها إبرام العقد . والأعمال التمهيدية من وضع شروط المناقصة والاعلان عنها ، وتلقى المطامات المقدمة فيها وتحقيق شروط المناقصة ثم المفاضلة بين المطامات فإرسال المناقصة بعد ذلك يكون بقرارات إدارية تتخذها جهة الإدارة للإفصاح عن إرادتها هى وحدها دون غيرها . فكل ما يصدر من هذه القرارات يجب أن تسير فيه جهة الإدارة على مقتضى التنظيم الإدارى المقرر لذلك » . ثم استطردت الفتوى تقول : « وبما أنه يشترط لصحة القرار الإدارى أن يكون صادرا من سلطة إدارية لها الحق فى إصداره ، ويعتبر الإخلال بذلك موجبا لبطلان التصرف .. وبما أن مدير ممحل تكرير البترول الأميرى بالسويس غير مختص بإصدار قرارات إدارية تفصح عن إرادة مصلحة المناجم فى أحداث أثر قانونى ، ذلك أن المختص فى هذه الحالة هو مدير مصلحة المناجم لشئون الوقود ، ولم يصدر منه قرار بقبول عطاء الشركة ، ومع ثم لا يكون ثمة عقد قد انعقد بينها وبين المصلحة » .

ثانيا - طلب الغاء القرارات الإدارية المنفصلة

المقدم من المتعاقد

١ - هل يجوز للمتعاقد أن يطلب الغاء القرارات الإدارية المنفصلة على النحو الذى رأيناه بالنسبة الى الغير ؟! هذا التساؤل يفترض أن تكون عملية التعاقد قد تمت وتعاقدت الإدارة مع أحد الأفراد ، ثم تبين لهذا المتعاقد أن بعض القرارات التى أسهمت فى تكوين العقد ، كانت غير مشروعة .

وتذهب الأغلبية الى أن المتعاقد ليس أمامه الا سبيل واحد هو قاضى العقد ، يحسم بمقتضى سلطة القضاء الكامل جميع المنازعات المتعلقة بالعقد ، وبالتالي فإن المتعاقد - اذا حاول أن يطرق باب قضاء الالفاء - فسيواجه بالدفْع المبنى على فكرة « الدعوى الموازية »^(١) . ولكن الأستاذ دى لوبادير يرى أن قضاء المجلس لا يؤيد الرأى السابق ، لأنه سمح للمتعاقد بأن يطلعن فى القرار المنفصل بدعوى الالفاء^(٢) . والواقع أن التجاء المتعاقد الى دعوى الالفاء لطلب الغاء القرارات المنفصلة التى ساهمت فى تكوين العقد محل نظر : فالتجاء المتعاقد اليها لا يكون بطبيعة الحال الا بعد ابرام العقد ، وحينئذ لا يكون للمتعاقد مصلحة فى الالتجاء الى قضاء الالفاء - حتى لو صرفنا النظر عن فكرة طريق الطعن الموازى والتى نرى أنه لا محل لها فى مصر^(٣) - لأن القضاء الكامل أجدى بالنسبة اليه من قضاء الالفاء ، لأنه لو حصل على حكم بالغاء القرار الادارى المنفصل فانه يطمعن عليه بعد ذلك أن يعود مرة أخرى الى قاضى العقد لكى يرتب له النتيجة التى تترتب على الحكم بالالفاء . ومن ثم فانه يكون من الأفضل له أن يلجأ الى قاضى العقد مباشرة . واذا كانت المزايا التى أحاط المشرع بها دعوى الالفاء فى فرنسا قد تدفع المتعاقد الى انتهاج طريق الالفاء ، فانه لا شيء من ذلك فى مصر . ولهذا فاننا نرى أن دعوى المتعاقد فى الحالات السابقة تدخل فى اختصاص قاضى العقد بمقتضى ولاية القضاء الكاملة .

(١) بهذا المعنى البيير ، مؤلفه عن الرقابة القضائية ، ص ١٦١ ، وراجع تعليق الفقيه جيز فى مجلة القانون المام سنة ١٩٥٤ ص ٢٦٠ . وتقرير المفوض «Moyers» الذى قدم بمناسبة حكم المجلس الصادر فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٤ فى قضية «Syndicat de raffinerie de Soufre français» مجموعة (R.P.D. A. 1955, p. 2) . وتقرير المفوض Ch. rdeau» فى قضية «Société des grands travaux de Marseille» والذى صدر فيها الحكم فى ٦ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة «Actual jur. 1955. II, p. 327» (٢) من الأحكام الحديثة نسبيا التى أوردها فى هذا الخصوص حكم المجلس الصادر فى ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ فى قضية «Département de la Creuse» وحكمه فى ٤ فبراير سنة ١٩٥٥ فى قضية «Ville de Savernes» ، مطوله السابق ، ص ٢٢٩ (الجزء الثالث) .

(٣) مطولنا فى القضاء الادارى ، المرجع السابق ، حيث درسنا هذه الفكرة بالتفصيل .

٧ - ولكن المتعاقد يسترد حقه فى الالتجاء الى قضاء الالفاء اذا ما صدرت من الادارة قرارات غير مشروعة بصفة أخرى ، أى لم تستند فى اصدارها الى صفتها كمعقادة ، فحينئذ يكون للمتعاقد ، كسائر المواطنين ، أن يطلب الفاء تلك القرارات اذا ما استوفى شرط المصلحة ، وكان القرار المطلوب الفاؤه غير مشروع . وهذه القرارات لن تكون ذات علاقة مباشرة بالمقد ، والا لانطبق ما سبق ذكره بالنسبة الى القرارات التى أشرنا اليها أولا . ومن أوضح الأمثلة على ذلك من قضاء مجلس الدولة الفرنسى أن تصدر الادارة - بناء على سلطات البوليس - قرارات ادارية يكون لها أثرها على المتعاقد . فلو أن الادارة أصدرت تلك القرارات باعتبارها الطرف الآخر فى العقد ، وبناء على حقها فى التدخل والاشراف على تنفيذ المتعاقد لالتزاماته ، لتعين على المتعاقد أن يسلك سبيل القضاء الكامل ؛ أما اذا استندت الادارة فى اصدار قراراتها الى صفة أخرى ، فلا سبيل للطعن فى هذه الحالة الا عن طريق دعوى الالفاء .

ولقد وضع مجلس الدولة الفرنسى أساس التفرقة السابقة فى حكمه الشهير الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٧ فى قضية «Grande Compagnie» حيث فرق المفوض «Tardieu» فى هذا الصدد بين حالتين : حالة صدور القرارات الادارية استنادا الى الشروط الواردة فى دفاتر الشروط ، وحينئذ يتمين على الشركات المتعاقدة والطرف الآخر فى الدعوى أن تطرق باب القضاء الكامل ، أمام قاضى العقد المختص . أما اذا صدرت القرارات المطعون فيها استنادا الى القوانين واللوائح ، فان لتلك الشركات أن تلجأ الى قضاء الالفاء للحكم على مشروعية قرارات الادارة فى ذاتها ، وبفض النظر عن العقد وأحكامه^(١) .

وقد أتبع لمحكمة القضاء الادارى المصرية أن تؤصل هذا الموضوع

(١) «Quand l'Etat invoquera les pouvoirs de police pour imposer aux compagnies des obligations nouvelles, la légalité de ces prescriptions devra être examinée elle-même, abstraction faite du contrat; c'est par la voie du recours pour excès de pouvoir que les compagnies devront attaquer ces actes d'autorité».

على نحو مماثل فى حكمها الصادر فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ١٦٧ لسنة ١١ قضائية وقد سبقت الاشارة اليها) حيث تقول : « ٠٠ فاذا كان الالغاء (الغاء العقد) مستندا الى نص القانون فقط وبالتطبيق لأحكامه كان القرار الصادر بالالغاء قرارا اداريا ويطعن فيه أمام محكمة القضاء الادارى بدعوى الالغاء ويدخل فى نطاقها ، ويرد عليه طلب وقف التنفيذ الخاص بالقرارات الادارية ، أما اذا كان الغاء العقد مستندا الى نصوص العقد نفسه وتنفيذا له ، فان المنازعة بشأنه تكون محلا للطعن أمام محكمة القضاء الادارى على أساس استبعاد الولاية الكاملة لهذا القضاء ٠٠٠ » .

٢ - « طعون المستفيدين فى حالة عقود الامتياز »

١ - ذكرنا فيما سبق أنه لا يمكن الاستناد الى شروط عقد من العقود توصلنا الى الغاء قرار ادارى ، بحجة أن القرار الادارى لا يتفق وشروط العقد . وذكرنا أن مرجع هذه القاعدة ، الى أن قضاء الالغاء انما يستهدف المحافظة على قواعد المشروعية ، فى حين أن العقود لا تولد الا التزامات شخصية ، يؤدى الاخلال بها الى اثاره القضاء الكامل على التفصيل السابق .

ومع ذلك فان القضاء التقليدى لمجلس الدولة الفرنسى ، والذي وضع أساسه فى حكمه المشهور فى قضية « Syndicat Croix-de-Seguey » والتي صدر الحكم فيها فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٦^(١) ، قد خرج على القاعدة السابقة ، وأجاز للمستفيدين فى حالة امتياز المرافق العامة أن يطعنوا بالالغاء فى القرارات التى تصدر من الادارة - فى علاقتها مع الملتزم - وتتضمن الاخلال بشروط عقد الامتياز التى تبين كيفية أداء الخدمة للمنتفعين .

والتبرير الغالب الذى عليه معظم الفقهاء فى فرنسا وفى مصر يرجع هذا الاستثناء الى الطبيعة الثلاثية لبعض الشروط الواردة

(١) مجموعة سبرى سنة ١٩٠٧ القسم الثالث ص ٣٣ مع تقرير المفوض روميو وتعليق هورير .

فى عقد الامتياز • فلقد رأينا عند دراسة عقد الامتياز أن الشروط الواردة به ، والتي تنظم كيفية أداء الخدمة للمنتفعين ، هى شروط لها طبيعة اللائحة الادارية ، وبالتالي فان خروج الادارة أو الملتزم عليها لا يتضمن مجرد اخلال بالتزام شخصى مرجعه الى العقد ، بل انه ينطوى على مخالفة للقاعدة اللائحية الواردة فى العقد ، مما يجعل القرار غير مشروع • فإذا ما خرج الملتزم على القواعد الواردة بمقد امتيازه والتي تنظم كيفية أداء الخدمة للمنتفعين ، فان لكل ذى مصلحة أن يرده الى نطاق المشروعية بالطريقة التالية : يتقدم المنتفع الى الجهة الادارية المختصة طالبا منها أن تتدخل بناء على سلطاتها الادارية لتجبر الملتزم على احترام شروط العقد • فإذا رفضت الادارة التدخل صراحة أو ضمنا ، حق للمستفيد أن يظعن فى هذا القرار أمام قاضى الالغاء ، ويكون القرار غير مشروع اذا ثبت فعلا أن الملتزم لم يحترم شروط العقد •

ولقد حاول بعض الفقهاء فى فرنسا التشكيك فى الأساس السابق ، وحاولوا الاستعاضة عن فكرة الطبيعة اللائحية للشروط المنظمة للخدمة والواردة فى عقود الامتياز ، بالاستناد الى طبيعة العقد الادارى ذاته • ومن هذا القبيل الفقيه بيكينو ، والذي يقول فى رسالته عن العقود الادارية ما يلى^(١) :

«C'est donc bien le contrat administratif, avec sa nature particulière qui n'est ni contractuelle ni réglementaire, qui fonde les droits des tiers à attaquer par la voie du recours pour excès de pouvoir les actes d'exécution pris en violation du «contrat».

وقد أخذ بهذا الرأى بعض من تناولوا هذا الموضوع بالدراسة من الفقهاء المصريين^(٢) •

(١) ص ٥٨٥ •

(٢) الدكتور ثروت بدوى ، وقد جاء فى رسالته التى اشرنا اليها فيما سلف قوله فى ص ٤٨ :

«La théorie qui base le pouvoir modificateur sur un prétendu caractère réglementaire de certaines dispositions du cahier des charges est inexacte, aussi sur le plan théorique qu'au point de vue droit positif».

على أن أحكام مجلس الدولة المصرى فى هذا الصدد قاطعة ، ومن أوضحتها صياغة ، الحكم الصادر من محكمة القضاء الادارى فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ • (القضية رقم ٤٨٥ ورقم ١٣٦٧ لسنة ٧ قضائية وقد سبقت الاشارة اليه) حيث يقول : « • • • ان عقد الالتزام ينشئ فى أهم شقيه مراكزا لائحيا يتضمن تخويل الملتزم حقوقا مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله • وهذا المركز اللائحى الذى ينشئه الالتزام والذى يتصل بالمرفق العام هو الذى يسود العملية بأسرها • أما المركز التعاقدى فيعتبر تابعا له • • • » (١) »

كما أن المحكمة الادارية العليا تصدر عن ذات التكليف باستمرار • ومن قضائها فى هذا الصدد على سبيل المثال ، حكمها الصادر فى ٣٠/١٢/١٩٧٧ (سبق) حيث تؤكد « ومن حيث ان المسلم به فقها وقضاء ، أن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم الى نوعين : شروط لائحية ، وشروط تعاقدية ، والشروط اللائحية فقط هى التى يملك مانع الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة فى أى وقت ، وفقا لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم • والمسلم به أن التعريف ، وخطوط السير وما يتعلق بها من الشروط اللائحية القابلة للتعديل ، بإرادة مانع الالتزام

= وقد يكون الجانب الذى تناول منه الدكتور ثروت الموضوع ، أوسع من الزاوية التى نعرض لها فى اثنتى ، وهى مقصورة على قبول دعوى إلغاء استنادا الى مخالفة نص وارد فى العقد • أما سلطة الادارة فى تعديل الالتزامات التعاقدية بإرادتها المنفردة ، فقد يمكن تبريرها على أساس آخر •

(١) وراجع حكم المجلس الصادر فى ٣١ يناير سنة ١٩٥٦ ، السنة العاشرة ، ص ١٨٥ حيث يقول : « انه وان كانت النصوص اللائحية فى عقود الالتزام تبقى حافظة لقوتها الملزمة فى حالة انتقال الالتزام ليد السلطة مانعة الالتزام • • • » وحكمه الصادر فى ١١ مارس سنة ١٩٥٦ السنة العاشرة ص ٢٣٩ ، حيث يقول : « • • • عقد الترخيص باستغلال مرفق من مرافق الدولة هو - على ما ذهب اليه الفقه الادارى - من العقود ذات الطابع الخاص • • • وما من شك أن الترخيص - فى هذه الحالة - يتضمن شروطا لائحية ، وهو بهذه المثابة يدخل فى نطاق العقود الادارية • • • » وراجع الأحكام التى أوردناها عند دراسة عقد الامتياز وكذلك فتاوى القسم الاستشارى •

المنفردة » • ونرى أن هذا التبرير هو التبرير الوحيد ، الذى يمكن على أساسه الوصول الى تمكين أشخاص غرباء عن العقد الادارى ، من الاستناد الى شروطه ، للوصول الى حكم بالغاء قرار ادارى ، فالقرار الادارى - فى نطاق قضاء الالغاء - لا يمكن الحكم بالفائه الا لأسباب محددة على سبيل الحصر هى عيوب الشكل والاختصاص ومخالفة القوانين واللوائح والانحراف • والقرار الذى يخالف مجرد شرط عابر من شروط العقد لا يمكن أن يوصف بأنه قرار مخالف للقوانين واللوائح • ومن ثم فإن المشكلة التى نحن بصدد حلها لا تثور عملا الا فى نطاق عقود الامتياز التى تربط بين أطراف ثلاثة هم الادارة مانعه الالتزام ، والملتزم ، ثم المستفيدون • أما فى سائر العقود الادارية ، فإن العلاقة تكون فى الغالب مقصورة على الادارة والمتعاقد معها ، وتفحص القرارات الصادرة من الادارة والتى تكون ذات علاقة بالعقد فى نطاق القضاء الكامل •

٢ - على أن مجلس الدولة الفرنسى سحب المبدأ الذى قرره حكم «Croix-de-Seguey» من حالة المنتفعين بالخدمات التى يلتزم المتعاقد بتوريدها ، الى طائفة أخرى ، تشمل العمال الذين يستعين بهم الملتزم فى تسيير مرفقه ، فهؤلاء العمال هم أجراء يخضمون لأحكام عقد العمل • ولكن الادارة كثيرا ما تضمن عقود الامتياز شروطا تكفل لهم بعض المزايا المتعلقة بالأجور ، أو بظروف العمل • الخ • ولا تقتصر هذه الظاهرة على عقد الامتياز ، ولكنها تمتد الى عقود أخرى كمقد الأشغال العامة والمقود المشابهة • ويجرى مجلس الدولة الفرنسى منذ مدة على تخويل النقابات الممثلة للعمال «Syndicats du personnel» حق طلب الغاء القرارات الادارية الصريحة أو الضمنية التى تصدر من الادارة ، وتتضمن خروجاً على تلك الشروط (١) •

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٢ يوليو سنة ١٩٢٧ فى قضية «Syndicat des employés des secteurs électriques de la Seine» دالوز سنة ١٩٢٨ القسم الثالث ، مع تعليق الفقيه فالين •

والملاحظ في هذا الصدد ، أن مجلس الدولة الفرنسى يقبل دعوى الالغاء من نقابات العمال لا من العمال بصفتهم الفردية لأن العمال بصفتهم الفردية يتمتعون بدعوى أمام قاضى العقد ، أى أمام قاضى القانون الخاص . ويجرى هذا القضاء فى فرنسا على اعتبار الشروط التى تضمنها الادارة عقودها مع الغير فى هذا الصدد ، من قبيل الاشتراط لمصلحة الغير «Stipulation pour autrui»^(١) ، وبالتالى فانها تخول العامل دعوى مباشرة «une action directe» ضد الملتزم أو المقاول . وهذه الدعوى تجعل دعوى الالغاء بالنسبة الى العامل بصفته الفردية غير ذات موضوع .

أما النقابة - ذات الشخصية المعنوية - والتى تمثل الجميع ، فان لها مصلحة محققة فى رفع دعوى الالغاء ، حتى تصحح الوضع غير المشروع ، وتوفر على أعضائها رفع دعاوى فردية متسدة أمام القضاء العادى فى كل حالة يخرج فيها الملتزم على الشروط الواردة فى عقد الالتزام نظرا لما يتمتع به الحكم الصادر بالالغاء من حجية مطلقة قبل الكافة .

٣ - على أنه يتعين قبل أن نترك هذا الموضوع ، أن نحدد مركز المنتفعين بخدمات المرافق التى تدار عن طريق الامتياز «Usagers du service concédé» فيما يتعلق بنوع الدعوى التى لهم حق رفعها ذلك أن المنتفع لا يخرج الحال بالنسبة اليه عن فرضين :

الأول : أن يكون الفرد قد استوفى شروط الانتفاع بالخدمة ، ويريد اقتضاها كمن يريد الحصول على اشتراك فى المياه أو النور أو الأتوبيس . . الخ اذا ما تولت أداء تلك الخدمة شركة امتياز .
وحينئذ يكون لمستحق الانتفاع «Candidat usagers» أن يلجأ الى قضاء الالغاء بالطريقة التى شرحناها فيما سلف . ولكن هل يحق

(١) راجع حكم النقض الفرنسى الصادر فى ١٣ مارس ١٨٨٩ ، مجموعة سبرى سنة ١٨٨٩ القسم الأول ص ٢٦٣ وفى ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ مجموعة سبرى سنة ١٩٠٢ القسم الأول ص ٣٦٠ .

له أن يلجأ الى المحاكم القضائية مطالبا باقتضاء الخدمة ؟! انقسم
الرأى حتى سنة ١٩٣٧ فى فرنسا بين المحاكم القضائية من ناحية ،
ومجلس الدولة الفرنسى من الناحية الأخرى : فالمحاكم القضائية
قبلت دعوى المطالب بالانتفاع فى هذه الحالات • أما مجلس الدولة
فقد ذهب الى أن النزاع فى هذه الحالة يتعلق بالقانون العام وبمدى
سير المرافق العامة ، وبالتالي يكون كل ما تعلق به من اختصاص
للمحاكم الادارية •

ولكن مجلس الدولة الفرنسى عدل عن موقفه السابق فى حكمه
المصادر فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ فى قضية Union hydro-électrique de
Fouest constantinois^(١) وقد وضع المجلس فى اعتباره عند اجراء هذا
التحول طبيعة العقد المتوقع الذى قد يبرم بين طالب الاستفاد وبين
الملتزم • فالمسلم به فى الوقت الحاضر أن هذا العقد هو من عقود
القانون الخاص ، ومن ثم فقد استحسن أن يختص القضاء العادى
بالنزاع ابتداء ما دام مصير النزاع اليه مالا ، على أن يراعى القضاء
العادى موضوع المسائل الأولية «Les questions préjudicielles» التى قد
يثيرها النزاع ، والتى هى من اختصاص القضاء الادارى أصلا •
ومنذ الحكم السابق ، استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى
هذا الخصوص^(٢) • ويمكن الأخذ بالحل السابق فى مصر أيضا ،
فالمادة ٦٧٠ من القانون المدنى تنص على ما يلى :

١ - إذا كان ملتزم المرفق محتكرا له احتكارا قانونيا أو فعليا
وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء فى الخدمات
أو فى تقاضى الأجور •

٢ - ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوى
على تخفيض الأجور أو الاعفاء منها ، على أن ينتفع بهذه المعاملة من

(١) مجموعة سبرى سنة ١٩٣٨ القسم الثالث ، ص ٦٥ مع تعليق لاروك •
(٢) راجع من أحكامه الحديثة حكمه الصادر فى ١٨ فبراير سنة ١٩٤٤ فى
قضية «Des Villottes» المجموعة ص ٥٠٨ •

يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام • ولكل المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين •

٣ - وكل تمييز يمنح على خلاف ما تقضى به الفقرة السابقة يوجب على الملتزم أن يموض الضرر الذى قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من اخلال بالتوازن الطبيعى فى المنافسة المشروعة » • ٤٤

فمبدأ الزام المتعهد بأداء الخدمة لكل من استوفى شروط الاستفادة منها منصوص عليه صراحة فى القانون المدنى ، وهو الذى تطبقه المحاكم القضائية • ومن ثم فانه من الجائز للمستفيد أن يستند الى المادة السابقة للمطالبة بالاستفادة من خدمات المرفق المدار عن طريق الامتياز ، على أن يحال الى محكمة القضاء الادارى كل ما يتعلق بمقد الامتياز ذاته ، كتفسير شروطه أو تقدير مدى انطباقها على حالة معينة اذا ما كان ذلك موضوع نزاع أمام المحكمة القضائية •

الثانى : والفرض الثانى أن يكون بين المنتفع والملتزم عقد يحدد شروط الانتفاع وأوضاعه • والمسلم به فى الوقت الحاضر أن هذا العقد هو من عقود القانون الخاص ، بالنظر الى طبيعة المرافق التى تدار عن طريق الامتياز ، فطريقة الامتياز - كما هو معلوم - تدار بها المرافق الاقتصادية (الصناعية والتجارية) • ويخضع هذا النوع من المرافق لأكبر قدر ممكن من قواعد القانون الخاص ، التى تتفق وطبيعة هذه المرافق ، والتى تمكنها من أداء خدماتها بشكل أكمل وبطريقة أنجع • ويتفرع على المبدأ السابق ، اعتبار العقود التى تبرمها شركات الامتياز مع عملائها من عقود القانون الخاص • وبالتالي فإن المحاكم القضائية هى التى تختص بالفصل فى المنازعات التى يثيرها تطبيق تلك العقود فى العمل ^(١) •

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٨ فبراير سنة ١٩٤٤ فى قضية «Des Villette» المجموعة ص ٥٨ •

على أنه لما كانت هذه العقود ذات ارتباط وثيق بعقود الامتياز
التي تحكم كل اتفاق يبرمه الملتزم مع عملائه ، فإن كل نزاع يتوقف
حسمه على مشكلة تتملق مباشرة بعقد الامتياز ، يعتبر مسألة أولية
يجب أن تعال الى القضاء الادارى^(١) .

ولا شك فى أن المبادئ السابقة تطبق فى مصر ، لأنها مجرد
تفريع على القواعد العامة ، وان كان القضاء المصرى لم يحسمها
حتى الآن بأحكام مباشرة فى الموضوع . ولكنه يلاحظ من ناحية
أخرى أن مجلس الدولة المصرى قد ذهب فى حكم قديم له صادر فى
١٩٤٩/٢/٣ الى حل قريب ، اذا اعتبر أن المنازعات التى تقوم بين
مصلحة التليفونات وبين المشتركين « من قبيل التصرفات المدنية التى
تبأشرها الحكومة باعتبارها شخصا معنويا ولا تختص به المحكمة »^(٢)
فاذا كان هذا هو الشأن بالنسبة الى العقود التى تبرمها الادارة حين
تدير بنفسها مرفقا تجاريا ، فإن الحكم يسرى من باب أولى اذا كان
العقد قد أبرم بين الملتزم بادارة المرفق العام وبين المنتفعين .

ثم ان المحكمة العليا (الدستورية) قد أرست القاعدة الأصولية
فى حكمها الصادر فى ٢٩ يونية سنة ١٩٧٤ (وقد سبقت الإشارة
اليه) حيث تقول : « ومن حيث ان العلاقة بين المرافق العامة
الاقتصادية وبين المنتفعين بها علاقة عقدية تخضع لأحكام القانون
الخاص ، اذ فضلا عن أن تلك الأحكام تتفق مع طبيعة المرافق
المذكورة ، ومع الأسس التجارية التى تسير عليها ، فإنه يتمين
لاعتبار العقد اداريا أن تكون الادارة بوصفها سلطة عامة طرفا
فيه .. » (المباراة التى سبق إيرادها) .

(١) حكم التنازع الصادر فى ٢٠ مارس سنة ١٩٤٣ فى قضية «Société
béthunoise»
المجموعة ص ٣٢٢ .

(٢) مجموعة أحكام المجلس ، السنة الثالثة ، ص ٣٠٧ .

القسم الثاني

في ابرام عقود الادارة

وندرس في هذا القسم :

- أولا : كيفية اختيار الادارة للمتعاقد معها
- ثانيا : كيفية ابرام العقد
- ثالثا : سلامة وبطلان العقود الادارية

الباب الأول

كيفية اختيار الإدارة للمتعاقد

مقدمة عامة

١ - ينظم هذا الموضوع :

أولا - القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ (الصادر في ٢٠ فبراير)
والذي يشتمل كما ذكرنا على أربعين مادة • وقد حل هذا القانون
الأخير ، محل القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ (بتنظيم المناقصات
والمزايدات) والذي عدل منذ صدوره حتى الغائه مرات عديدة •
ولقد تضمن القانون الجديد - كما ذكرنا - كثيرا من الأحكام التي
وردت في اللائحة المرفقة • والملاحظ أن مجال القانون الجديد أوسع
من مجال القانون الملغى ، ذلك أن المادة الأولى من قانون إصدار
جميع الوزارات والمصالح ، ووحدات الحكم المحلي (الإدارة المحلية) ،
والهيئات العامة ، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص في القوانين
أو القرارات الخاصة بانشائها • وقد نصت المادة الخامسة من ذات
القانون على أن « يعمل به بعد ثلاثين يوما من تاريخ نشره » وهو ٢٠
فبراير سنة ١٩٨٣ كما ذكرنا • وواضح من هذا العرض أن مجال
أعمال القانون الجديد أوسع من مجال أعمال القانون الملغى ، إذ يشمل
جميع المصالح الحكومية ، ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة ،
فهو يشمل الحكومة بالمعنى الواسع ، أى جميع أشخاص القانون العام •

ثانيا - اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ، وقد
أصدرها وزير المالية بمقتضى قراره رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ أعمالا
لحكم المادة الرابعة من قانون إصدار القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣
والتي تنص على أن « يصدر وزير المالية خلال ثلاثة أشهر من تاريخ
العمل بهذا القانون ، اللائحة التنفيذية له •• » وقد صدرت هذه

اللائحة في ١٩٨٣/٦/٢ ونصت المادة الثانية من قرار اصدارها على أن « يلغى القرار رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ ، باصدار لائحة المناقصات والمزايدات والقرارات رقم ١٥ لسنة ١٩٥٨ بتوحيد عمليات الشراء والقرارات المعدلة لهما ، كما يلغى كل حكم يخالف أحكام هذا القرار واللائحة المرفقة به » ولقد عدلت اللائحة الملغاة - منذ صدورهما حتى الفائها - عشرات المرات • وتحتوى اللائحة الجديدة على ١٢١ مادة • (بعد أن أضيفت إليها مادة جديدة بمقتضى قرار وزير المالية في ١٩٨٧/٤/٢١) •

٢- على أن التشريعات السابقة هى القانون العام فى هذا الموضوع . تطبق أحكامها فى كل حالة لا يرد فيها تشريع خاص ، فإذا وجد هذا التشريع الخاص - سواء قبل التشريع السابقة أو بعدها - فإنه يطبق وفقا للقاعدة المسلم بها من أن الخاص يقيد العام ، على أن تكمّل أحكام التشريعات الخاصة بالأحكام الواردة فى التشريعات السابقة • ومن القوانين الصادرة فى هذا المجال - على سبيل المثال - القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير المقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها • أما الاستثناءات من لائحة المناقصات والمزايدات فهى كثيرة • فالظاهرة الملموسة فى الادارة المصرية منذ قيام الثورة ، هى الاكثار من الهيئات والمؤسسات العامة ، لما تنطوى عليه هذه الطريقة من مرونة فى الادارة على أساس فكرة اللامركزية المرفقية • واستنادا الى فكرة اللامركزية السابقة ، والتي تسمح للمرفق الذى تطبق عليه بأن يتبع نظما مغايرة لما ينطبق على الادارة المركزية ، صدرت لوائح عديدة للمناقصات والمزايدات خاصة ببعض الهيئات والمؤسسات العامة الرئيسية • ومن ذلك على سبيل المثال : نظام الشراء والبيع الخاص بالهيئة العامة لشئون السكك الحديدية ، والخاص بهيئة البريد ، وبيئة المواصلات السلوكية واللاسلكية ، ولائحة الشراء والبيع الخاصة بالمجلس الأعلى للعلوم ، ولائحة المناقصات والمزايدات الخاصة بالاذاعة المصرية ، ونظام البيع والشراء الخاص بالهيئة العامة لشئون البترول ، ولائحة المبيعات

للهيئة العامة للمصانع الحربية ، ولائحة المناقصات والمزايدات للهيئة العامة لشئون المطابع ، وللهيئة المصرية للتوحيد القياسى ، وللائحة العقود الخاصة بالهيئة العامة لشئون النقل البحرى ٠٠٠ الخ . ومعظم هذه اللوائح متشابهة فيما بينها ، كما أنها تقوم على ذات الأسس الواردة فى لائحة المناقصات والمزايدات رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ . ولقد أبدينا فى الطبعات السابقة من هذا المؤلف رأيا نوردته فيما يلى : « أن الحاجة ماسة لادخال اصلاح يقوم على أحد أساسين : فاما أن تخضع جميع المؤسسات والهيئات العامة لنظام واحد ، مع تقرير حدود معينة للاستثناء منه فى حدود تبين فى اللائحة بالنسبة الى تلك الهيئات والمؤسسات . واما أن يوضع نظام موحد لكل من المؤسسات العامة والهيئات العامة ، على أساس الفروق القائمة بين هذين النوعين ، باعتبار أن الهيئات العامة هى مرافق عامة ادارية منحت الشخصية المعنوية ، وأن المؤسسات العامة هى مرافق عامة اقتصادية منحت الشخصية المعنوية ، على ألا تتضمن هذه النظم الا الأحكام الأساسية التى لا توجد فى النظام العام ، اكتفاء بالأحكام العامة الواردة فى اللائحة العامة ، التى تطبق على الادارة بكافة صورها اذا لم يوجد نص استثنائى » . ومنذ ايداء هذا الرأى حدث التطوران الآتيان :

أولا - ألغيت المؤسسات العامة كما ذكرنا سنة ١٩٧٥ فلم يبق الانظام الهيئات العامة .

ثانيا - أخذ المشرع فى القانون الجديد - كما ذكرنا - باخضاع جميع أشخاص القانون العام ، سواء أكانت اقليمية أو مصلحة للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية ، وقد نصت المادة الأولى من اللائحة التنفيذية صراحة على أن سريان أحكامها على الهيئات العامة مقيد بالإيراد فى لوائحها الخاصة نص يقضى بعكس ما يرد فى اللائحة العامة ، وهو المعنى الذى أوردناه فيما سبق ، وهو مجرد اعمال للمبادئ العامة فى هذا الصدد .

ولن يتسع المقام لشرح جميع الأحكام الواردة فى هذه النظم الخاصة . ومن ثم فانتا سنكتفى بشرح الأحكام العامة الواردة فى

القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ، وفي لائحته التنفيذية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ ، مع المقارنة - بقدر الامكان - مع الأحكام التي كانت مقررّة في القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ (المعدل) ولائحة المناقصات والمزايدات رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ (المعدلة) الملغيان .

٣ - ولقد كان موضوع كيفية اختيار الادارة للمتعاقد معها ، من بين الموضوعات التي درسها المؤتمر الدولي العاشر للعلوم الادارية ، والذي عقد في مديرية في سبتمبر سنة ١٩٥٦ . وقد كشفت اجابات الوفود عن انقسام الدول في هذا الصدد الى فريقين :

الفريق الأول : وهي دول ليس بها اجراءات محددة للمتعاقد : وتمتاز تلك الدول بوجود موظفين عموميين مختصين بابرام العقود الادارية ، يتمتعون بحرية اختيار الطرف الذي يتعاقدون معه . كما ان لهم حق اسداء التوجيهات اللازمة للمتعاقدين اثناء التنفيذ . وبحرية هؤلاء الموظفين مقيدة اداريا عن طريق رقابة رؤسائهم ، وعن طريق وجوب احترام الاجراءات الادارية المقررة . واخيرا فهناك رقابة ديوان المحاسبة بالنسبة الى المسائل المالية . ومن هذه البلاد ، بريطانيا وممتلكاتها ، وفتلندا ، وبورتوريكو ، وايرلندا ، وهاييتي .

الفريق الثاني : وهي دول بها اجراءات محددة للمتعاقد ، اذ توجد فيها تشريعات تنظم كيفية ابرام العقود الادارية . غير ان هذا الفريق من الدول ينقسم قسمين :

القسم الأول : ويجمل للادارة حرية كبيرة في اختيار طريقة التعاقد . فلها الحرية في أن تلجأ الى الطريق المنظم ، وحينئذ يتعين عليها أن تحترم قواعده . ولكن الادارة حرة في ألا تلجأ الى تلك القيود في بعض الحالات . ومن هذا الفريق اليونان ، وهولندا ، وألمانيا الفيدرالية ، وسويسرا ، والدانمارك .

والقسم الأكبر : يجمل التنظيم اجباويا ، بحيث تلتزم الادارة بايتباع الوسيلة المقررة قانونا . ولكن من الدول مع تجعل القيد عاما

يفتلى جميع العقود : ومن ذلك بلجيكا ، وشيلي ، وهندوراس ، والنرويج ، وفيتنام . ومنها ما يأخذ بنظام مزدوج ، فيفرض القيد في حالات ، ويسمح بالتحرر منه في حالات أخرى . ومع هذا القبيل اليابان والسويد ويوغوسلافيا وتركيا ولكسمبورج^(١) .

٤ - والقانون الإداري المصري - كما ذكرنا مرارا - يسير على النمط الفرنسي في هذا الخصوص . وإذا كان المذهب الفرنسي يجرى على منح الإدارة سلطات واسعة فيما يتعلق بأداء وظائفها ، فإنه يضيق على الإدارة إلى حد كبير فيما يتعلق باختيار المتعاقدين معها كما سنرى تفصيلا فيما بعد . ولما كانت عقود الإدارة تنقسم إلى عقود إدارية ، تخضع لقواعد القانون الإداري ، وإلى عقود تخضع للقانون الخاص ، فإن تقييد حرية الإدارة فيما يتعلق بإبرام عقودها ، يشمل النوعين السابقين معا ، فلا يقتصر على العقود الإدارية بمقتضاها الفني^(٢) .

٥ - يهيمن على موضوع اختيار الإدارة للمتعاقد معها اعتباران أساسيان ، يؤديان إلى نتائج متعارضة :

(١) نشرت الإدارة السياسية بجامعة الدول العربية تقريرا عن أعمال المؤتمر الدولي العاشر للعلوم الإدارية السابق في ٥ مايو سنة ١٩٥٧ ، وبه تفاصيل هذا الموضوع .

(٢) جاء في حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٤ أبريل سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٧٠٢٧ لسنة ٨ قضائية) وقد سبقت الإشارة إليه قول المحكمة : « ومن حيث أن الأصل في كيفية إبرام العقود الإدارية والتي يشتد فيها القيد على حرية جهة الإدارة عند التعاقد ، يرجع إلى أن الشارع هو الذي يستقبل ببيان طريقة إبرام العقود العامة ، وهو في هذا السبيل يسمي إلى أدراك هدفين كبيرين : الأول تحقيق أكبر وفاء مالي للخزانة العامة ، وهذا يستلزم بداهة التزام جهة الإدارة باختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط والضمانات المالية . والثاني مراعاة المصلحة الإدارية ، وذلك يتطلب فيما تمكن جهة الإدارة من أن تختار أكفأ المتقدمين لأداء الخدمة التي تحرص على تحقيقها » . وهي تقول في حكمها الصادر في ٢٤ يوليو سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٣٨٢) أنه « وإن كان من الأسس التي يقوم عليها تعاقد الإدارة عن طريق المناقصات أن يخضع هذا التعاقد لاعتبارات تتعلق بمصلحة المرفق المالية - التي تتمثل في ارتقاء المناقصة على حساب المصلحة العامة الأخرى ، إلا أنه يخضع في ذات الوقت لاعتبارات تتعلق بمصلحة المرفق الفنية التي تتمثل في اختيار إعطاء الأفضل الذي يكفل حسن سير المرفق وانتظامه ، ذلك أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص - مناظرة احتياجات المرفق العام » .

أما الاعتبار الأول : فمرجعه الى ضرورة المحافظة على المالية العامة ، وتوفير أكبر وفر مالى للخزانة العامة . ويعترب على هذا الاعتبار ، لو نظر اليه وحده ، أن تلتزم الادارة باختيار المتعاقد الذى يقدم أفضل الشروط المالية .

أما الاعتبار الثانى : فيضغ فى المركز الأول المصلحة الفنية للادارة ، وبالتالي يمكن الادارة من اختيار أكفأ المتقدمين لأداء الخدمة بصرف النظر عن الاعتبارات المالية .

وواضح أن الاعتبار الأول يؤدى الى تقييد حرية الادارة الى مدى بعيد ، بينما ينتهى الاعتبار الثانى الى منح الادارة بعض الحرية فى اختيار المتعاقد معها . وتراعى التشريعات عادة التوفيق بين هذين الاعتبارين لحفظ المالية العامة ، مع عدم اهدار الاعتبارات الفنية .

٦- ولقد طور المشرع فى فرنسا فى طرق إبرام عقود الادارة فى ضوء التجربة بما نوجزه فيما يلى ، بالنظر الى العلاقة الوثيقة بين نظام العقود الادارية فى البلدين :

أولاً - أصدر المشرع الفرنسى النظام الذى يطبق على جميع عقود الادارة ، بمقتضى مرسوم ١٧ يوليو سنة ١٩٦٤ ويطلق عليه تسمية «*code des marchés publics*» وسواء خضعت تلك العقود للقانون العام أو الخاص . ولكن هذا المرسوم يقتصر على تحديد طرق إبرام عقود الادارة . أما الأحكام الموضوعية للعقود الادارية فانها ما تزال ذات طبيعة قضائية .

ثانياً - ميز المشرع فى الكود المنظم لعقود الادارة (١٧ يوليو سنة ١٩٦٤) بين العقود قليلة الأهمية «*Les petits contrats courants*» والخاصة بالأشغال العامة أو التوريد أو الخدمات ، والتي لا تزيد قيمتها على ١٨٠ ألف فرنك ، وهذه العقود تبرم بلا شكلية محددة سلفاً ، كما يجوز أن تبرم شفاة (مرسوم ٨ يناير سنة ١٩٨٥) أما العقود كبيرة الأهمية ، والتي أطلقت عليها المجموعة تسمية

«marchés publics» وتشمل بصفة أساسية ، عقود الاشغال العامة ، والتوريد ، والخدمات ، والعقود الصناعية فان ابرامها يخضع لنظام محدد سلفا ، تلتزم الادارة باحترامه ، والا تمرض تصرفها للبطلان .

ثالثا : حدد المشرع الفرنسى ثلاثة طرق أساسية لابرام العقود الادارية كبيرة الأهمية وهى :

١ - أسلوب المناقصات والمزايدات بصورها المختلفة والتي تحكمها ثلاثة مبادئ أساسية وهى : العلنية ، والمنافسة ، والآلية . وهى الطريقة التقليدية الرئيسية فى التعاقد .

٢ - أسلوب الدعوة الى التعاقد «L'appel d'offres» وهو أسلوب يتخلص من الآلية التى يتسم بها أسلوب المناقصات والمزايدات ، ومن ثم تمنح الادارة قدرا كبيرا من الحرية ، ولكن فى حدود معينة .

٣ - أسلوب الاتفاق المباشر «la négociation directe» وكان يطلق عليه حتى سنة ١٩٧٦ تسمية «de gré à gré» ولكن تغيرت التسمية فى التاريخ المشار اليه الى «marchés négociés» وهذا الأسلوب يمنح الادارة فى التعاقد أكبر قدر من الحرية فى اختيار المتعاقد معها مع الاحتفاظ بمبدأى المنافسة والمساواة .

وفيما يلى ندرس الطريقة الرئيسية لتعاقد الادارة ، ثم نعقب عليها بالطرق التكميلية مع المقارنة بين المطبق فى فرنسا وفى مصر ، مع التنبيه الى أن أسلوب المناقصات والمزايدات بصورته التقليدية قد تراجع ، واتسع مجال الأسلوبين الآخرين لاسيما أسلوب « الدعوة الى التعاقد » لما يكفله للادارة من حرية فى اختيار المتعاقد معها . ونذكر بدراستنا السابقة فى خصوص مدى الحرية التى يتركها المشرع فى النظم المختلفة للادارة حين تختار المتعاقد معها . ونؤكد من ناحية أخرى ، بأن أسلوب المناقصات والمزايدات ما يزال هو الأسلوب الرئيسى للتعاقد فى مصر . ومع ثم قاننا نوليه أهمية خاصة .

الفصل الأول

المناقصات والمزايدات العامة

١ - والمناقصة (أو المزايدة) هي طريقة بمقتضاها تلتزم الادارة باختيار أفضل من يتقدمون للتماقد معها شروطا ، سواء من الناحية المالية أو من ناحية الخدمة المطلوب أدائها .

والمناقصة عكس المزايدة : فالأولى تستهدف اختيار من يتقدم بأقل عطاء ، ويكون ذلك عادة إذا أرادت الادارة القيام بأعمال معينة كإشغال عامة مثلا . أما الثانية فترمى الى التماقد مع الشخص الذي يقدم أعلى عطاء ، وذلك إذا أرادت الادارة مثلا أن تبيع أو تؤجر شيئا من أملاكها . والأحكام القانونية للنوعين واحدة ويستعمل اصطلاح «adjudication» للدلالة عليهما معا ، ومعناه الحس في الارساء .

٢ - وبالرغم من كثرة التشريعات التي تلزم الادارة بالالتجاء الى طريقة المزايدة أو المناقصة لإبرام عقودها ، فإن القاعدة في فرنسا ما تزال هي حرية الادارة في التماقد إذا لم يوجد نص يفرض عليها الالتجاء الى طريقة المناقصة^(١) .

وفي مصر أيضا تطبق القاعدة السابقة ، فلا تلتزم الادارة بالالتجاء الى المناقصة أو المزايدة إلا إذا وجد نص تشريعي بهذا المعنى^(٢) .

(١) راجع جيز ، مطوله في القانون الإداري ، الجزء الرابع ، ص ٦٩ ، وبيكينو ، المرجع السابق ص ١٩٨ ، ومطوله دي لوبادير في القانون الإداري طبعة سنة ١٩٥٣ ، ص ٤٢٦ . ومطوله في العقود الإدارية ، طبعة سنة ١٩٥٦ ، الجزء الأول ، ص ٣١٧ . وطلبته الثانية الصادرة في ١٩٨٣ ، ص ٦٥٨ . وراجع أحكام مجلس الدولة الصادرة في ٢٤ يناير سنة ١٩١٩ في قضية «Clausel» المجموعة ص ٦٨ وفي ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٤ في قضية «Dame Dejean» المجموعة ص ٣٤٦ ، وفي ٣ مايو سنة ١٩٥٠ في قضية «Société de pêche malagache» المجموعة ص ٢٥ .

(٢) بهذا المعنى أيضا مؤلف الدكتور توفيق شحاتة ، مبادئ القانون الإداري ، =

والملاحظ في هذا الصدد أن المشرع المصرى - سواء فى ظل القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ (الملقى) أو فى ظل القانون الحالى رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ - لم يفرض هذه الطريقة بالنسبة الى جميع عقود الادارة ، بل بالنسبة الى عقود محددة : فالمادة الأولى من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ، تنص صراحة على أن « يكون التعاقد على شراء المنقولات ، وتقديم الخدمات ، ومقاولات الأعمال ، ومقاولات النقل عن طريق مناقصات عامة تعلن عنها » .

ويجوز استثناء ، وبقرار مسبب من السلطة المختصة ، التعاقد باحدى الطرق الآتية : (أ) المناقصة المحددة • (ب) المناقصة المحلية • (ج) الممارسة • (د) الاتفاق المباشر ، وذلك فى الحدود ووفقا للشروط والأوضاع المبينة بهذا القانون والقرارات المنفذة له •

كما أن المادة ٣ من ذات القانون تقضى بأن « يكون التصرف بالبيع أو تأجير المقاصف وغيرها عن طريق مزايده عامة أو محلية أو المظاريف المغلقة • ويجوز عند الضرورة التصرف بالبيع أو الايجار دون مزايده اذا لم تزد القيمة على الف جنية ، وذلك طبقا للقواعد والاجراءات التى تبينها اللائحة التنفيذية •

كما يجوز استثناء ، وبقرار مسبب من السلطة المختصة التصرف بالبيع أو الايجار عن طريق الممارسة فى الحالات الآتية :

- ١ - الأصناف التى يخشى عليها من التلف ببقاء تخزينها •
- ٢ - الأصناف التى لم تقدم عنها عروض فى المزايدات أو التى لم يصل ثمنها الى الثمن الأساسى • ٣ - حالات الاستعجال الطارئة التى لا تحتل اجراءات المزايدة •

ومن ثم ، يكون المشرع قد فرض طريقة المناقصة العامة بالنسبة لمعقود الشراء ، وتقديم الخدمات ، والأشغال العامة (مقاولات

= الجزء الأول ، الطبعة الأولى سنة ١٩٥٤ - ١٩٥٥ ص ٧٧٢ ومؤلف الأستاذ حسين درويش بعنوان « وسائل تعاقد الادارة » طبعة سنة ١٩٥٦ ، ص ٢٢ وما بعدها •

(الأعمال) والنقل ، كما فرض طريقة المزايدة العامة بالنسبة لمعقود البيع والتأجير « وغيرها » مما يندرج فى معناها العام .

وإذا كانت طريقة المناقصة العامة أو المزايدة العامة هى الأصل ، فإن المشرع مراعاة للظروف ، قد وضع بجوارها طرقا تكميلية تتمثل فى الممارسة والاتفاق المباشر ، كما أنه لدواعى المرونة والفاعلية ، لم يخضع المناقصات والمزايدات العامة لأسلوب واحد ، بل نوع فى الأسلوب كما سنرى فيما بعد . وإذا كان القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ هو القانون العام فى مجال عقود الادارة ، فإن ثمة تشريعات خاصة قد تحتم على الادارة الالتجاء الى طريقة المناقصة أو المزايدة^(١) . وفى جميع الحالات التى يفرض المشرع فيها على الادارة أن تلجأ الى طريق المناقصة أو المزايدة ، يكون تعاقدها عن غير هذا الطريق باطلا . أما اذا لم يكن ثمة التزام من هذا القبيل ، فإن الادارة تملك أن تلجأ الى طريق المناقصة أو الممارسة .

ولقد طبقت محكمة القضاء الادارى المبادئ السابقة فى حكمها الصادر فى ٦ يناير سنة ١٩٥٧ (س ١١ ، ص ١٢٨) حيث تقول : « أن التشريع المصرى لا يحتوى نصوصا عامة تبين فى شكل منتظم شروط ابرام المعقود الادارية واجراءتها وأوضاعها ، ولم يصدر بالنسبة لهذه المعقود - فيما عدا عقد التزام المرافق العامة - سوى بعض قواعد واجراءات خاصة بمعقود التوريد تضمنتها لائحة المخازن والمشتريات المصدق عليها من مجلس الوزراء فى ٦ من يونيو سنة ١٩٤٨ ، ثم المرسوم بقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٣ بتنظيم المناقصات الذى ألغى وحل محله القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم

(١) ومن هذا القبيل بيع الدولة لأموالها الخاصة وتأجيرها لتلك الأموال . راجع القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ حيث حدد المشرع فى بعض مواد القانون طريقة التعاقد . فالمادة الثانية منه تنص مثلا على أنه « يتم تأجير أموال الدولة الخاصة والتصرف فيها بطريق التوزيع أو البيع بطريق الممارسة أو المزاد العلنى وفقا لأحكام المواد التالية » .

وراجع أيضا ، حكم مجلس الدولة المصرى الصادر فى ٢٠ مارس سنة ١٩٥١ . السنة الخامسة ص ٨١٢ .

(م - ١٦ المعقود الادارية)

المناقصات والمزايدات ، وتسرى أحكامه على عقود التوريد ومقاولات الأعمال أى عقود الأشغال ومقاولات النقل . ولا تلتزم الإدارة باتباع نظام المناقصة أو المزايدة إلا بالنسبة لهذه العقود ، وفي الأحوال التى توجب عليها ذلك هذه النصوص التشريعية . ولما كان موضوع النزاع ، والخاص بتأجير محل الشئ والمرطبات بحدائق القناطر الخيرية ، ليس من العقود المنصوص عليها فى القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات والمزايدات فمن ثم فإنه لا يخضع بطريق اللزوم وفيما يتعلق بإبرامه أو إجراءاته الى نصوص هذا القانون . فإذا أرادت الإدارة أن تتبع نظام المزايدة بالنسبة له ، فإنها إنما تطبق المبادئ الأساسية التى تخضع لها المزايدة العامة من حيث استهدافها الوصول الى أفضل العروض بشأن العقد المراد إبرامه ، وهى الاعلان عن المزايدة وحرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين ثم استهدافها بما فى نصوص القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ من التزام نظام محدد بخصوص تشكيل لجان فتح المظاريف وفحص العطاءات على ألا يكون من نتيجة اتباع هذه الأنظمة تقييد حرية الإدارة فى إلغاء المزايدة اذا بدا لها عدم ملائمتها ، وأن يكون لها حق الاعتراض على تنفيذها طالما أن المزايدة تهدف الى اتمام عقد يتعلق بخدمات تتصل بمرفق عام وتعاون على تسييره ، مما يستوجب أن يترك للإدارة سلطة تقديرية فى إبرام العقد ، حتى لا يفرض عليها التعاقد اذا تبين عدم ملائمة ذلك لظروف تتعلق بمصلحة المرافق العامة مع الناحية الادارية والمالية » .

٣- ويحدث فى العمل أن نكون أمام اتفاق مركب «convention complexes» ينتمى الى أكثر من عقد ، فهل يخضع إبرامه لطريقة المناقصة أم تملك الإدارة التحرر من هذه الطريقة ؟! لقد طرح هذا الموضوع على مجلس الدولة الفرنسى بخصوص اتفاق يتضمن عقد امتياز تملك الإدارة إبرامه عن طريق الممارسة ، ولكنه يتضمن فى الوقت نفسه عناصر أشغال عامة وتوريد ، يجب أن تتم عن طريق المناقصة ، ففضى المجلس بترجيح عنصر الامتياز ، الذى يقوم على

اختيار المتعاقدين لصفات الشخصية «Le caractère d'intuitus personae» وبالتالي أجاز إبرام الاتفاق بمناصره المختلفة عن طريق الممارسة^(١) . والمبدأ المستفاد من القضاء السابق ، أن ينظر الى العنصر الغالب في الاتفاق ، وأن تتبع الطريقة التي تتفق وطبيعته ، من حيث المناقصة أو الممارسة ، حتى يمكن اسناد الاتفاق بمناصره المختلفة الى متعاقد واحد ، وهو مالا يمكن تحقيقه لو التجأنا الى أكثر من طريقة لإبرام الاتفاق المركب . ولم نجد قضاء لمجلس الدولة المصري في هذا الصدد . ويمكن الأخذ بالمسلك الذي انتهجه قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص . وهذا هو المعنى المستفاد من فتوى مجلس الدولة الصادرة في ٢٩ يوليو سنة ١٩٥٧ (سبقت) والتي اعتبرت مجموعة الاتفاقات التي تمت بين الادارة وبين المتعاقدين بخصوص استصلاح وتعمير منطقة المقطم والمنطقة بمثابة عقد امتياز يخضع للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ . ولقد سبق أن أشرنا الى حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ١٩٦٩/١/٢٥ والذي قضى بأنه اذا انطوى العقد على مزيج من مقاوله الأعمال والتوريد ، فانه يسرى في شأن كل منها ما ينطبق عليه من أحكام . ولما كان العقد مشار المنازعة قد انصب على اصلاح الدراجات البخارية والموتوسيكلات ، وعلى توريد وتركيب ما يلزم لها من قطع غيار جديدة وصاج وأخشاب ومشمع ومقابض وما الى ذلك واستكمال الفوانيس والاشارات الحمراء . . الخ » ولما كان التوريد في هذا العقد ذا شأن محسوس من حيث قيمته وأهميته بجانب العمل ، فان العقد بهذه المثابة ينطوى على مزيج من مقاوله الأعمال والتوريد ، تقع المقاوله على أعمال الإصلاح وتنطبق أحكامه عليه ، ويقع التوريد على المواد وتسرى أحكامه فيما يتعلق بها . »

(١) حكم المجلس الصادر في ٢٣ يوليو سنة ١٩٢٠ . في قضية «Marianne» المجمعة ص ٧٤٩ وقد جاء في الحكم السابق :

«Il résulte de l'instruction que le projet d'ensemble soumis au Conseil municipal de Pau prévoyait ... la construction et le rachat de terrains voisins susceptibles de permettre l'ouverture d'une voie nouvelle et l'installation dans les bâtiments de l'ancien casino, du musée et de la bibliothèque de la ville; un projet aussi complexe, comprenant la conclusion de l'accord à intervenir avec l'exploitant de l'ancien casino, d'une part justifiait le groupement de diverses opérations entre les mains de la même personne, et d'autre part excluait l'application des règles de l'adjudication».

٤ - ولما كانت المناقصات أو المزايدات العامة تقوم على مبدأ « آلية ارساء الزاد (أو المناقصة) » بتقييد حرية الادارة فى الاختيار الى أقصى حد ، فقد تكشف العمل عن عيوب المغالاة فى التقييد . ومن ثم فقد تنوعت طرق المناقصات والمزايدات بقصد منح الادارة قدرا أكبر من الحرية . وعلى هذا الأساس يتميز الفقه الفرنسى بين ثلاثة أنواع من المناقصات العامة على النحو التالى :

أولا : المناقصات العامة المفتوحة «L'adjudication publique ouverte»
وهى التى يسمح بالاشتراك فيها لمن يشاء ، بعد اجراء العلانية التامة ، وتلتزم الادارة باختيار أفضل من يتقدمون فيها من حيث الشروط المالية .

ثانيا : المناقصة المقيدة أو المحددة : «L'adjudication restreinte»
وتختلف عن المناقصة العامة المفتوحة فى تحديد من يسمح لهم بالاشتراك فيها ، فيقتصر حق الاشتراك فى هذا النوع من المناقصات على أشخاص أو بيوت تجارية معتمدة أسماؤها فى سجلات أو كشوف تقررها الجهات الفنية المختصة بالوزارات والمصالح بعد التحرى عنها ، وذلك لتمييزها وكفايتها من النواحي الفنية والمالية ويدهى من لهم حق الاشتراك فى هذا النوع من المناقصات الى تقديم عطاءاتهم بواسطة خطابات موصى عليها .

ثالثا : المناقصة على أساس الموازنة بين السعر والجودة :
«L'adjudication sur coefficients»

ويقصد بهذا النوع الأخير تمكين الادارة من مواجهة الاعتبارات الفنية بجوار الشروط المالية ، فلا ينظر الى الثمن وحده ، ولكن الى جودة المينة أيضا . وعلى هذا الأساس تقدر الاعتبارات الفنية فى المشروع المطروح ، أو البضائع المطلوب توريدها ، ثم تختار الادارة من يتقدم بأفضل شروط مالية لتحقيق أفضل مشروع «Le meilleur prix pour le meilleur projet» وهى ملزمة بهذا الاختيار .

وبالمعنى السابق ، يمكن الجمع بين هذا النوع الأخير وبين أحد النوعين السابقين : فتكون المناقصة عامة أو مقيدة ، مع إرسائها على من يحصل على أعلى نسبة مئوية من حيث جودة العنصر بأقل سعر .

٥ - وبالرجوع الى القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية نجد أن المشرع المصرى يميز بين المناقصات الآتية :

مادة ٢ : « تخضع المناقصة العامة لمبادئ العلانية والمساواة وحرية المنافسة ، وهى اما داخلية يعلن عنها فى جمهورية مصر العربية أو خارجية يعلن عنها فى مصر والخارج » .

مادة ٣ : « يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة فى الحالات التى تتطلب بحسب طبيعتها قصر الاشتراك فيها على موردين أو مقاولين معينين سواء فى داخل مصر أو فى خارجها ، على أن تكون قد ثبتت كفايتهم فى النواحي الفنية والمالية وأن تتوافر بشأنهم شروط حسن السمعة » .

مادة ٤ : « يكون التعاقد بطريق المناقصة المحلية فيما لا تزيد قيمته على أربعين ألف جنيه ، ويقصر الاشتراك فيها على الموردين والمقاولين المحليين الذين تقرر الجهة الادارية المختصة التعامل معهم » وتلجأ الادارة الى كل نوع من هذه الأنواع فى الحالات التى يفرضها المشرع ، فالادارة ليست حرة فى أن تختار المناقصة التى تريدها .

وفى ما عدا ما تستلزمه طبيعة كل نوع من أنواع المناقصات السابقة ، فإنها تخضع لأحكام عامة واحدة .

٦ - وبصرف النظر عن التفاصيل ، فإن تعاقد الادارة عن طريق المناقصات العامة يمر بالمراحل الآتية : (أ) التقدم الى المناقصات العامة . (ب) فحص المطاوعات . (ج) إرساء المزايدة (د) إبرام العقد .

ونعرض فيما يلى لكل خطوة من هذه الخطوات :

المبحث الأول

التقدم الى المناقصات العامة (١)

تقوم المناقصات العامة على أساس المنافسة الحرة «La concurrence» والمساواة بين المتنافسين «L'égalité entre les concurrents» مع مراعاة القيود التي ترجع الى نوع المناقصة . ولتحقيق الفائتين السالفتين ، تقرر - كقاعدة عامة - مبدأ الاعلان عن المناقصات العامة وعدم التمييز بين المتنافسين . وهو ما نص عليه المشرع صراحة في المادة الثانية من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ حيث يقرر : « تخضع المناقصة العامة لمبادئ العلانية ، والمساواة ، وحرية المنافسة . . . » .

الفرع الأول

الاعلان عن المناقصات العامة

١ - وهذا الاعلان ضرورى حتى يكون هناك مجال حقيقى للمنافسة بين الراغبين فى التعاقد مع الادارة ، لأن بعض الراغبين فى التعاقد قد لا يعلم بحاجة الادارة الى ذلك . ومن ناحية أخرى فان الاعلان يحول بين الادارة وبين قصر عقودها على طائفة معينة من المواطنين بحجة أنهم وحدهم الذين تقدموا . ولهذا فان مبدأ الاعلان قد ورد النص عليه صراحة فى المادة الأولى من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ وفى المادة الأولى من القانون الحالى رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم المناقصات والمزايدات حيث تقول : « يكون التعاقد على شراء المنقولات وتقديم الخدمات ، ومقاولات الأعمال ، ومقاولات النقل عن طريق مناقصات عامة يعلن عنها » . وهذا الالتزام يسرى بالنسبة الى سائر العقود التى تخضع للقانون المشار اليه وقد سبق أن ذكرناها .

٢ - أما الأحكام التفصيلية للاعلان ، فقد وردت فى اللائحة . ووفقا للمادة ١٥ منها « يجب الاعلان عن المناقصة العامة فى الوقت

(١) أو المزايدات العامة بحسب طبيعة العقد .

المناسب فى الوقائع المصرية ، كما ينشر عنها مرتين فى جريدة أو جريدتين عربيتين واسعتى الانتشار ، الا اذا كانت قيمة المناقصة تزيد على خمسين ألف جنيه فينشر عنها ثلاث مرات ٠٠٠ » ويجب الاعلان عن المناقصات الخارجية فى مصر والخارج .

وتحدد مدة قدرها ثلاثون يوما على الأقل لتقديم العطاءات فى المناقصات العامة وذلك من تاريخ أول اعلان عن المناقصة فى الوقائع المصرية ، ويجوز بترخيص من رئيس الادارة المركزية المختص ، تقصير هذه المدة بشرط ألا تقل عن خمسة عشر يوما اذا دعت الضرورة الى ذلك . ولا يسرى هذا التقصير على المناقصات العامة المتعلقة بالتوريدات السنوية الا فى حالة اعادة طرحها . وتحدد أقل مدة ممكنة لسريان العطاءات بحيث لا تزيد على شهر الا فى حالات الضرورة القصوى التى تحتتمها طبيعة وظروف موضوع المناقصة ، وبموافقة رئيس الادارة المركزية المختص ، وتحسب مدة سريان صلاحية العطاءات اعتبارا من التاريخ المحدد لفتح المظاريف على أن يتم البت فى المناقصة والاختصار فى حالة القبول قبل انتهاء مدة صلاحية سريان هذه العطاءات . فاذا تعذر ذلك ، فعلى الجهة الادارية أن تطلب فى الوقت المناسب الى مقدمى العطاءات قبول مدد مدة صلاحية سريان عطاءاتهم الى المدة اللازمة (مادة ١٦) .

هذا عن المناقصات العامة . أما عن المناقصات المحدودة ، فوفقا للمادة ٣٧ من اللائحة ، تجرى الدعوة لتقديم العطاءات بموجب كتب موصى عليها يعلم الوصول تتضمن كافة البيانات الواجب ذكرها فى الاعلان عن المناقصة العامة . كما يجوز الاعلان عنها بأذن من رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص عند الاقتضاء ، وفى هذه الحالة يجب أن تتبع ذات اجراءات النشر عن المناقصة العامة . هذا وقد أوجبت المادة ٣٨ من اللائحة أن تجرى المناقصة المحدودة بين أكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة ، والمقيدى بسجل المقاولين والموردين .

وبخصوص المناقصات المحلية ، فقد أوجبت المادة ٤١ من اللائحة الجديدة أن توجه الدعوة الى أكبر عدد ممكن من الموردين والمقاولين المحليين الذين تقرر الجهة التعامل معهم من المقيدین بالسجل الخاص بذلك . ويجوز توجيه الدعوة الى غير المقيدین بهذا السجل بقرار من سلطة الاعتماد المختصة .

ولا شك أن طريقة الدعوة الى التقدم الى المناقصة أو المزايدة عن طريق خطابات مسجلة ، أنجع في العلم من طريقة النشر في الصحف والتي تقوم على مجرد قرينة افتراضية بالعلم .

٣- ويجب أن يبين في الاعلان الجهة التي تقدم اليها العطاءات وآخر موعد لتقديهما ، والصنف أو العمل المطلوب ، وقيمة التأمين الابتدائي والنهائي ، وثمان النسخة من شروط العطاء ، وآية بيانات أخرى تراها جهة الادارة ضرورية لصالح العمل (مادة ١٥ من اللائحة) ولكي يؤدي النشر الفرض المقصود منه ، من اعطاء الأفراد فرصة كافية للتفكير الهادئ في التقدم الى المناقصات العامة ، أوجبت اللائحة أن تعد كل جهة - قبل الاعلان عن المناقصات أو المزايدات - كراسة خاصة بشروط العطاءات وقوائم الأصناف أو الأعمال وملحقاتها يتم طبعها وتوزيعها - بعد ختمها واعتماد مدير المشتريات لها - على من يطلبها وفقا للقواعد وبالثمان الذي تحدده الجهة الادارية بشرط أن يكون بالتكلفة الفعلية لكراسة شروط العطاءات والمواصفات وكافة المستندات الملحق بها ، مضافا اليه نسبة مئوية لا تزيد على ٢٠٪ كمصروفات ادارية ، وتترجم كراسة الشروط والقوائم والمواصفات في حالة المناقصات الخارجية ، مع ذكر أن النص العربي هو المعمول عليه في حالة الخلاف أو الالتباس في مضمونها - (مادة ١٧ من اللائحة الجديدة والتي تقابل المادة ٢٦ من اللائحة المرفقة) .

٤- والمسلم به أن الشروط التي يتطلبها المشرع في الاعلان ملزمة للادارة ، فيتمتع عليها احترام أوضاع الاعلان مع حيث المدد ،

وكيفية اجرائه ، وعدد مراته ، والا ترتب على ذلك بطلان المزاو (أو المناقصة) • وعلى هذا يسير قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، فقد حكم ببطلان المزاو اذا لم يتم الاعلان بالطريقة التى نص عليها القانون وهى اللصق على اللوحات المعدة لذلك^(١)
«La publication par voie d'affichage»

وكذلك الشأن اذا لم تحترم الادارة المدة المقررة للاعلان^(٢) ، أو اذا لم تسلم لأحد المتقدمين الشروط الكاملة للمناقصة^(٣) • ولكن مجلس الدولة الفرنسى قد تابع فى هذا المجال خطته فى التمييز بين الأشكال الجوهرية «Les formalités substantielles» والشكليات غير الجوهرية «Les f. accessoire» فمن الشكليات غير الجوهرية والتى لم يرتب عليها البطلان ، حالة اغفال الادارة تضمين الاعلان السلطة التى تجرى المزاو^(٤) ، وحالة حدوث خطأ فى الأرقام من السهل أن يتنبه اليه المتقدم^(٥) • وهذا هو المعنى الذى توخاه المشرع المصرى حينما أضاف الى المادة رقم ٢٣ من اللائحة (الملغاة) الفقرة التى بمقتضاها يجوز للوزير المختص - بعد موافقة لجنة البت - النظر فى التجاوز عن مخالفات النشر التى لم تتم وفقا للتنظيم الذى وضعت اللائحة ، وفى ضوء ظروف المناقصة وأثر النشر بالنسبة لعدد المعطاءات المقدمة فيها • وغنى عن البيان أن الوزير يمارس هذا الاختصاص تحت رقابة القضاء الادارى •

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٦ مارس سنة ١٩٢١ فى قضية «Helbing» المجموعة ص ٣٧٧ •

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٧ أبريل سنة ١٩٢٢ فى قضية «imprimerie commerciale» المجموعة ص ٢٤٩ •

(٣) حكم المجلس الصادر فى ١٠ يونيو سنة ١٩٢٢ فى قضية «Bigot» المجموعة ص ٥٧٢ •

(٤) حكم المجلس الصادر فى ٢٥ يوليو سنة ١٩٢٩ فى قضية «Gantron» المجموعة ص ٥٢٩ •

(٥) حكم المجلس الصادر فى ١٨ يناير سنة ١٩٢٩ فى قضية «Com de Beauvoileil» المجموعة ص ٤٢ •

وفى ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٤ فى قضية «Lauremson» المجموعة ص ١١٥١ •

ثم ان الادارة ، اذا ما احترمت طريقة الاعلان المنصوص عليها قانونا ، فلا ضرر عليها في أن تلجأ الى طرق اعلان أخرى ترى أنها أفضل في نقل رغبتها الى الأفراد ، كالاعلان فى الراديو أو التليفزيون أو السينما .. الخ^(١) .

الفرع الثانى

المساواة بين المتنافسين

تقوم المناقصات العامة المفتوحة - وكذلك الأنواع الأخرى من المناقصات فى خارج ما تفرضه طبيعتها من قيود - على أساس عام ، هو المساواة بين المتنافسين ، بمعنى أن لكل من يملك قانونا أن يتقدم الى المناقصات العامة ، الحق فى الاشتراك فيها على قدم المساواة مع باقى المتنافسين ، وليس للادارة أن تقيم أى تمييز غير مشروع بين المتنافسين . غير أن هذا المبدأ العام ترد عليه قيود متعددة ، ترجع الى اعتبارات مختلفة نجملها فيما يلى :

أولاً - طبيعة المناقصة : فالمناقصات المحدودة أو المحلية بطبيعتها مقصورة على أفراد معينين كما ذكرنا فيما سبق ، وبالتالي تكون المنافسة بين من لهم حق الاشتراك فيها دون غيرهم . ومن هذا القبيل أيضا القيود التى فرضها المشرع حديثا نتيجة للسياسة الاشتراكية للدولة من قصر التعاقد بالنسبة لمقود معينة على شركات القطاع العام أو الشركات التى يساهم فيها القطاع العام بنسبة معينة ، أو منحها أولوية فى التعاقد . ومن أحدث ما تقرر فى هذا الصدد ، المادة ٤ مكررا المضافة الى اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات فى ١٩٨٧/٤/٢١ ، والتى تقرر « يجب أن تتضمن شروط التعاقد - بالنسبة الى الحالات التى تستلزم نقل البضائع بحرا - النص على أن يتم النقل عن طريق الشركة المصرية لأعمال النقل البحرى ، ويكون الاستثناء من ذلك بموافقة وزير النقل البحرى أو من يفوضه » .

(١) مطول دى لوبادير فى العقود الادارية ، المرجع السابق ، ص ٢٦٦ .

ثانياً - لما كانت العقود الادارية مرتبطة أشد الارتباط بالصلحة العامة ، فإن من واجب الادارة أن تتأكد مقدما من صلاحية المناقصين أو المزايعدين ، فيتعين على هؤلاء أن يثبتوا قيامهم فى عهد قريية بأعمال تشبه فى نوعها الأعمال المطروحة فى المناقصة أو المزايدة ، حتى لا تتعاقد الادارة مع بعض المفامرين فتضار المصلحة العامة • والمسلم به فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى أن للادارة سلطة تقديرية فى هذا المجال^(١) •

وتحرص محكمة القضاء الادارى على ابراز هذا المعنى فى أحكامها الكثيرة ، والتي منها حكمها الصادر فى ٢١ أبريل سنة ١٩٥٧ والذي تقول فيه : « من المبادئ الأساسية التى تخضع لها المناقصة العامة الاعلان وحرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين • والمقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد فى التقدم للمناقصة العامة دون منع الادارة لأحد منهم أو حرمانه من حقه فى التنافس للوصول الى ارساء المعطاء عليه ، بأجراء سواء أكان عاما أم خاصا • الا هذا المبدأ الطبيعى يعد من اطلاقه قيدان : أولهما : يتعلق بما تفرضه الادارة من شروط معينة ترى وجوب توافرها فيمين يتقدم للمناقصة • وثانيهما : يتعلق بما تتخذه الادارة من اجراءات وهى بصدد تنظيم أعمال المناقصة العامة من استبعاد بعض الأفراد الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء هذه الأعمال مستهدية بذلك ألا يتقدم للمناقصة الا الصالحين من الأفراد والقادرين منهم ، فتوفر بذلك كثيرا من الجهد والوقت على لجان الفحص والبت • وقرارات الحرمان التى تصدرها الادارة فى هذا الخصوص تجد سندها ومصدرها فيما للادارة من سلطة وضع مثل هذه القواعد التى تنظم أعمال المناقصة •

« ومن حيث أن قرارات الحرمان أو الاستبعاد تخضع لرقابة القضاء الادارى ، ويجوز الطعن فيها أمامه بالالغاء لاساءة استعمال السلطة اذا كان القرار قد صدر متكبيا الصالح العام أو لأسباب

(١) مطول دى لويادير فى العقود ، المرجع السابق ، ص ٢٧٠ وما بعدها •

لا تتصل به كالأسباب السياسية مثلا ، كما يجوز الطعن بالالغاء لعدم قيام الأسباب المبررة للاستبعاد أو الحرمان أو لعدم صحة هذه الأسباب . . . وكما يجوز اصدار قرارات الاستبعاد بالنسبة للمتهمين والمقاولين كجزاء بسبب المعجز فى تنفيذ التزام سابق ، يجوز أيضا استبعاد بعض الأشخاص الغير مرغوب فيهم بما يتجمع لدى الادارة من تقدير عام عن كفاية هؤلاء وقدرتهم دون أن يسبق ذلك ارتباطهم مع جهة الادارة فى عمل ما ، وذلك كاجراء وقائى تمليه غيرة الادارة لهيئة الجو الصالح للمناقصة . . . » (١) .

وتطبيقا لهذا المبدأ قضت المحكمة بسلامة استبعاد شخص لما ثبت للبلدية من أنه على صلة بشركة أساءت فى تنفيذ بعض العمليات ، وأن قدراته الفنية والمالية لمواجهة العمليات محل شك كبير (٢) . كما قضت بصحة استبعاد آخر من الدخول فى المزايدات ، لأنه كان يتخذها ذريعة للتنقل الى مركز الشط بقصد تسهيل مهمته فى تهريب المغدرات والأسلحة (٣) .

ولتمكين الادارة من ممارسة حقها السابق ، فرضت المادة ٥٥ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة (التى تقابل المادة ٣٧ من لائحة المناقصات الملقاة) على مقدمى العطاءات عن مقاولات الأعمال أن يبينوا فى كتاب مستقل يرافق العطاء قيمة الأعمال ، ونوعها وتاريخها ، التى قاموا بها للحكومة والهيئات العامة وشركات

(١) القضية رقم ٢٩٤٦ لسنة ٧ قضائية . (السيد بهجت سليمان ضد وزارة الأشغال) وقد أكدت كل هذه المبادئ المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٩ مايو سنة ١٩٥٩ ، السنة ٤ ص ١٢٥٤ .

(٢) حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥٥ ، مجموعة احكام محكمة القضاء الادارى ، السنة العاشرة ، ص ٥٤ .

(٣) حكمها فى ١٠ مارس سنة ١٩٥٤ ، السنة الثامنة ، ص ٩٢٥ . كما تقول فى حكمها الصادر فى ٣٠ مارس سنة ١٩٥٦ (السنة العاشرة ص ٢٧١) « وأن للوزارة الحق - وهى بصدد تنظيم أعمال المناقصات الخاصة بمشروعاتها - فى أن تستبعد المقاولين الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء هذه الأعمال وقرارها فى هذا الشأن يصدر بناء على سلطتها التقديرية . . . »

القطاع العام . فإذا كان لم يسبق لهم القيام بأعمال من هذا القبيل ، فليهم أن يقدموا الى جهة الادارة ما يثبت قيامهم فى عهود قريبة بأعمال تشبه فى نوعها الأعمال المطروحة فى المناقصة ومواقفها ومجموع قيمتها وتواريخ اتمامها ، وعليهم عمل التسهيلات اللازمة لندوبى جهة الادارة لمعاينة تلك الأعمال ، وتقديم كافة البيانات والمستندات التى تثبت قيدهم فى مكاتب أو سجلات خاصة وفقا للقوانين أو القرارات التى تنظم ذلك .

ثالثا : ولضمان جدية التقدم الى المناقصات العامة ، يلزم المشرع المتنافسين بتقديم تأمين مؤقت لا يقل عن ١٪ من مجموع قيمة المطاء فى مقاولات الأعمال ، ولا يقل عن ٢٪ من قيمة المطاء فيما عدا ذلك (المادة ١٩ من القانون) ويعفى من التأمين المؤقت (والنهائى) الهيئات العامة وشركات القطاع العام والجمعيات ذات النفع العام والجمعيات التعاونية المشهرة وفقا للقانون ، وذلك عن العروض الداخلة فى نشاطها وبشرط تنفيذها للعملية بنفسها ، ويجوز عند الضرورة للسلطة المختصة ، بعد موافقة لجنة البت ، اعفاء الشركات المحتكرة من ايداع التأمين المؤقت والنهائى اذ طلبت فى عروضها ذلك ، ولم تكن قد اشترطت الدفع المقدم ، « ويجب أن يكون قرار الاعفاء مسببا » (المادة ٢١ من القانون) ولعل المشرع وضع فى اعتباره أن وضع الجهات المشار اليها فى المادة يجعل احتمال عدم الجدية فى التقدم للمناقصات والمزايدات العامة مستبعدا ، وذلك بالنسبة للمعطات التى تقدم منها بصفة أصلية . أما اذا تقدمت بصفتها وكيالة عن شركات أجنبية ، فان فتوى ادارة الفتوى والتشريع لوزارة الخزانة (رقم ٤٦٨ فى ١١/٧/١٩٦٦) ترى وجوب دفع التأمين . وهو اجتهاد سليم .

وهذا التأمين ، وفقا للمادة ٦٨ من اللائحة ، يكون نقدا ويجوز المقدم المطاء طلب خصم قيمة التأمين من مبالغ مستحقة له لدى جهة الادارة بشرط أن تكون صالحة للصرف وقت تقديم المطاء . ولا يجوز

أن يكون أداء التأمين عن طريق الكفالة • « ويجوز أن تقدم كفالة بقيمة التأمين إذا كانت قيمته تقل عن عشرين جنيها » (مادة ٦٨ من اللائحة) •

ما أثر عدم تقديم التأمين المؤقت ؟ بالرجوع الى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإدارى - فى ظل القانون الملقى ولائحته التنفيذية - نجد أن المحكمة قد أصدرت أحكاما متعارضة فى هذا الخصوص : فهى تقرر فى حكمها الصادر فى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٦ أنه يجوز للإدارة وقفا لللائحة المخازن والمشتريات أن تتساهل فى أمر التأمين المؤقت ، فتقبله بمد فتح المطارييف « ••• هذا فضلا عن أن التأمين المؤقت مقرر سداؤه لضمان جدية العطاء • فهو بهذه المثابة مشروط بتقديمه حفظا لمصالح الوزارة • ومن ثم لا يجوز أن يستند الى هذه الواقعة من رفض عطاؤه «^(١) • أما فى حكمها الصادر فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٧ فتقول : « ومن حيث ان الالتزام بتقديم التأمين المؤقت يعتبر من الشروط الجوهرية التى يحتمها مبدأ المساواة بين المتنافسين وذلك ضمانا لجدية العطاءات ، فاختصاص جهة الإدارة فى هذه الحالة يكون مقيدا ، ويكون بالتالى ما قرره لجنة فتح المطارييف من استبعاد عطاء ••• موافقا للقانون »^(٢) •

ولقد حدث تحول مضاد فى قضاء المحكمة الإدارية العليا : فهى فى حكمها الصادر فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٦٠ (السنة ٦ ص ١٣٩) تؤكد أن التأمين الابتدائى يقصد به تحقيق أمرين : جدية العطاءات والمساواة بين المتنافسين ، ويترتب على ذلك أنه اذا لم يقدم التأمين الابتدائى ، فانه من المتعين عدم الألتفات الى العطاء واستبعاده ، فاذا قبلت الإدارة عطاء لم يصاحبه التأمين يكون قبولها غير صحيح ولا ينتج أثرا •

(١) السنة العاشرة ، ص ١١٢ •

(٢) القضية رقم ١٠٥٨٧ لسنة ٨ قضائية ، السيد عوض الله ابراهيم ضد هيئة السكة الحديد ، ووزارة المواصلات • وفى الموضوع قضت المحكمة بالتعويض استنادا الى هذا السبب •

أما في حكمها الصادر في ٨ مارس سنة ١٩٦٩ (س ١٤ ، ص ٤٣٧) فهي تورد قاعدة عكسية حيث تقول : « ان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن ايداع التأمين المؤقت من مقدم المطاء في الوقت المحدد شرط أساسى للنظر فى عطائه ، وهذا الشرط مقرر للمصالح العام دون ترتيب جزاء البطلان على مخالفته ، اذا ما اطمانت جهة الادارة الى ملائمة مقدم المطاء . ومن ثم فانه لا يقبل من مقدم المطاء التحدى بأنه لم يدفع التأمين المؤقت ما دام أن التأمين غير مشروط لمصلحته . وبناء على ذلك فان ما ذهب اليه الحكم المطعون فيه من ضرورة استبعاد المطاء لأنه لم يكن مصحوبا بالتأمين المؤقت ، دون أن يكون لجهة الادارة الحق فى قبوله ، أمر غير سديد لتعارضه مع اعتبارات المصلحة العامة » .

وهذا القضاء الثانى يتعارض تماما مع مبدأ مساواة المتناقصين ومع صريح نص المادة ٤٨ من اللائحة ، التى توجب - كما رأينا - « عدم الالتفات » الى المطاعات غير المصحوبة بتأمين مؤقت كامل . واذا كان قضاء المحكمة الادارية العليا الجديد من شأنه أن ييسر على الادارة ، فانه قد يفتح بابا للتعامل ، يعتمد البعض تقديم عطاءات غير مصحوبة بتأمين نقدى ، جسا للنقض من حيث أسعار المطاعات . كما أن الادارة وفقا لهذا القضاء ، تستطيع أن تتمسك بمدى تقديم التأمين المؤقت لاستبعاد بعض المطاعات ، ولو كانت الأفضل ، دون أن يكون فى وسع المناقص أو المزايد أن ينتقد موقفها ، مما يجعل موقف الادارة أقرب الى السلطات المطلقة ، منه الى السلطة التقديرية عملا . ولهذا فاننا كنا - وما زلنا - نؤيد قضاها الأول الذى عدلت عنه .

رابعا : ويمنع بعض الأفراد من الاشتراك فى المناقصات العامة كمقوبة وذلك فى أحوال مختلفة أهمها :

(أ) سبق التعاقد معه واخلاقه بالتزاماته التعاقدية اخلاقا

جسيميا^(١) . وقد نصت المادة ٨٥ من اللائحة الملغاة على حالتين من هذه الحالات يتعين فيهما استبعاد التعاقد المخطيء من التعاقد مع الادارة مستقبلا وهما :

١ - اذا استعمل المتعهد الفش أو التلاعب في معاملته مع المصلحة أو السلاح ، فحينئذ يشطب اسمه من بين المتعهدين وتخطر وزارة الخزانة بذلك لنشر قرار الشطب . ولا يسمح له بالدخول في مناقصات حكومية ، هذا علاوة على ابلاغ أسرته للنيابة عند الاقتضاء .

ونظر لمطورة الآثار المترتبة على الفش ، فان المحكمة الادارية العليا تشدد في تحديد مواصفاته ، فهي تقول في حكمها الصادر في ١٧ يونية سنة ١٩٦٧ (س ١٢ ص ١١٠٠) « ان مجرد مخالفة المواصفات المتفق عليها لا يشكل غشاً أو تلاعباً يدعو الى شطب اسم المتعهد من قائمة المتعاملين مع الادارة ، اذ يلزم حتى ترقى مخالفة المواصفات الى مرتبة الفش أن يثبت علم المتعهد بهذه المخالفة بما ينطوي عليه هذا العلم من الخداع من جانب المدعى في حقيقة الشيء المسلم من حيث نوعه أو طبيعته أو صفاته الجوهرية التي جرى التعاقد عليها ، ففي هذه الحالة يتوافر سوء القصد الدال على استعمال الفش المبرر للشطب . كذلك فان مجرد مخالفة

(١) قد ينص على هذا الجزاء صراحة في دفاتر الشروط ، ويمتلك كجزء على ارتكاب أخطاء معينة ، وحينئذ لا يطبق الجزاء الا اذا تحققت تلك الأخطاء المحددة . حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٤ يوليو سنة ١٩١٤ في قضية «Jouffre» المجموعة ص ٩٤١ . فاذا لم يرد نص من هذا القبيل في العقد ، فان الادارة تملك أيضاً استبعاد من سبق التعاقد معه وأخطأ في تنفيذ التزاماته ، ولكن يجب أن يثبت هذا الخطأ ، بمعنى أن قيام الخطأ من عدمه لا يترك لتقدير الادارة المطلق ، وانما تمارسه تحت رقابة القضاء . أحكام مجلس الدولة الفرنسي الصادرة في ١٣ يونيو سنة ١٩١٣ في قضية «Surhomme» المجموعة ص ٦٨٣ وفي ١١ مارس سنة ١٩٢٧ في قضية «Lorenzo» المجموعة ص ٣١٥ ، وفي ١٣ مارس سنة ١٩٣٧ في قضية «Jae» لمجموعة ص ٣٢٣ . ولا يراقب القضاء مجرد قيام الخطأ المدعى بقيامه ، بل اقب أيضاً جسامته ، حكم المجلس الصادر في ٢٨ مارس سنة ١٩٣٩ في قضية «Fribre» المجموعة ص ٢٢٤ .

المواصفات في الكمية الفعلية التي قام المدعى بتسليمها الى العمال في محله ، وفي الظروف التي تم فيها هذا التسليم لا يعد تلاعبا ، ذلك أن التلاعب الذي يجاوز الاهمال ، ولا يرقى الى مرتبة الفش ، والذي يتعذر حصر مختلف أساليبه ، وشتى صوره ، يفترض اتيان المتعهد أعمالا تتم عن عدم التزام المتعهد الجادة في تنفيذ التزاماته ، ومحاولة ايجاد الثغرات للتحلل منها ابتغاء الحصول على منفعة غير مشروعة على حساب المصلحة العامة التي يستهدفها العقد الإداري » .

وغش من يستعين بهم المتعاقد لا يستفاد منه بالضرورة غش الأصيل . وقد أرست المحكمة الادارية العليا هذا الأساس في سلسلة أحكام تتصل بمتعهد توريد ألبنان يقيم في القاهرة ويتولى مساعدوه توريد الألبنان التي يتعاقد عليها في جهات متعددة . وقد لجأ هؤلاء المساعدون الى الفش ، وحكم عليهم جنائيا ، وبرئ الأصيل لعدم علمه وحسن نيته . فلما لجأت الادارة الى شطب اسمه من سجل الموردين ، لم توافق المحكمة الادارية العليا وقضت : « انه يتعين لو صم المتعاقد مع الادارة بالفش في تنفيذ التزاماته . . ن يثبت سوء نيته أى علمه بما يشوب الأصناف التي يوردها من غش . وانه وان يكن هذا العلم مفترضا في المتعاقد مع الادارة ، الا أنه متى كانت ظروف الحال تنفى هذا العلم عن المتعهد ، فانه لا يسوغ وصمه بالفش . وظروف الحال التي تنفى هذا العلم كما قد تستفاد مما قد يصدر من أحكام جنائية في شأن ما نسب الى المتعهد من غش ، تستفاد أيضا مما قد يرى في الأوراق متعلقا بمدى حسن نية المتعاقد في تنفيذ التزاماته التي يتضمنها التعاقد بصفة عامة ، وحجم التعاقد في ذاته ، وتعدد التزاماته الواردة به » (١) (حكمها في ١٤ مايو سنة

(١) وبعد أن استعرضت المحكمة ظروف الوقائع بالنسبة الى المتعاقد ، وما صدر من أحكام جنائية بالبراءة ، وكميات الألبنان الموردة وقيمتها ١٢٦٤٠ جنيتها ، وضالة حالات الفش قالت : « فالقول بافتراض علم المدعى بالفش الذي وقع بالألبنان الموردة في التواريخ المحددة ، أمر تنفيه ظروف الحال وظروف الدعوى . . لاسيما اذا وضع في الاعتبار استعالة قيام التعاقد بنفسه بتنفيذ العقد ماديا » .

١٩٦٦ س ١١ ص ٦٥٨ ، وينقش المعنى حكمها في ١٦ مايو سنة ١٩٧٠ س ١٥ ، ص ٣٢٤ وفي ١٦ يناير سنة ١٩٧١ ، س ١٦ ص (١٥١) .

وشطب المتعاقد للفش ، لا يستلزم بالضرورة رفض الصنف المورد ، ذلك أن نص المادة ٨٥ من اللائحة (الملفة) - كما تقول المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في ١٧ يونية سنة ١٩٦٧ (سبق) - « لا يحرم الادارة حقها في شطب اسم المتعهد الذى يستعمل الفش أو التلاعب فى حالة ما اذا لم تر فسخ العقد ، وقبلت الأصناف المخالفة ٠٠٠ فانه يبقى لها دائما حقها فى استبعاد من لا يتمتع بحسن السمعة من قائمة عملائها ، ذلك الحق الاصيل الذى لم يتخل به نص المادة ٨٥ ٠٠ باعتبار أن استعمال الفش أو التلاعب دال بذاته على عدم تمتع المتعهد بحسن السمعة ، ويبنى على ذلك أن الشطب لا يغنى فى حالة تنفيذ العقد عن توقيع الجزاءات الأخرى على المتعهد » .

٢ - اذا ثبت على المتعهد أو المكاوّل أنه شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر فى رشوة أحد موظفى الحكومة أو مستخدمىها أو عملائها أو التواطىء معه اضراراً بالسلاح أو بالوزارة فيشطب اسمه من بين المتعهدين ، وتخطر وزارة الخزائنة بذلك لنشر قرار الشطب مع اتخاذ الاجراءات القضائية ضده .

وهاتان الحالتان على سبيل المثال لا الحصر . ولهذا فقد قررت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٧ فبراير سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٣٣٤) أن المادة ٨٥ فقرة ١ السابقة ليست الا مجرد تطبيق للمبدأ العام ، والقاضى باشتراط حسن السمعة فيمنح يتقدم للمتعاقد مع الادارة ، فيبعد أن أكدت أن « ٠٠ للادارة حق اصيل فى استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة ، ولها مطلق التقدير فى مباشرة هذا الحق ، لا يعدها فى ذلك الا عيب اساءة استعمال السلطة » استطردت تقول فى خصوص الفقرة المشار اليها أنها « ٠٠٠ لم ترد لحصرمان الادارة من حقها فى شطب

اسم المتعهد الذى يستعمل الفش والتلاعب فى حالة ما اذا لم ترفض العقد ، ولكنه ورد - كما تنطبق عباراته - لالزام الادارة بشطب اسم ذلك المتعهد فى حالة فسخ العقد . أما اذا لم تر الادارة فسخ العقد ، فانه يبقى لها حقها فى استبعاد من لا يتمتع بحسن السمعة من قائمة عملائها ، ذلك الحق الأصيل الذى لم يخل به نص المادة ٨٥ سالفه الذكر ، فيجوز لها بمقتضى هذا الحق ، أن تشطب اسم المتعهد بسبب استعمال الفش والتلاعب ، حتى ولو لم يفسخ العقد لهذا السبب . وحاصل القول ان شطب اسم المتعهد بسبب استعمال الفش والتلاعب اذا كان واجبا فى حالة فسخ العقد ، فانه أيضا جائز اذا لم يفسخ العقد ، وهو ذات المعنى الذى أعادت تأكيده فى حكمها الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٦٧ (سبق) حيث توضح ، أن حق الاستبعاد لسوء السمعة حق أصيل « لم يخل به نص المادة ٨٥ باعتبار أن استعمال الفش أو التلاعب دال بذاته على عدم تمتع المتعهد بحسن السمعة » .

على أن المشرع قد أضاف الى المادة ٨٥ المشار اليها فقرة بمقتضى القرار الوزاري رقم ٦٧ لسنة ١٩٦٧ ، تنص على أنه « يجوز بناء على طلب صاحب الشأن - وبعد أخذ رأى مجلس الدولة - قيد المتعهد أو المقاتل المشطوب اسمه من سجل المتعهدين ورد مبلغ التأمين أو جزم منه ، وذلك اذا انتفى السبب الذى ترتب عليه شطب الاسم أو مصادرة مبلغ التأمين ، كصدور حكم بالبراءة أو حفظ الدعوى اداريا لعدم ثبوت التهمة المنسوبة الى المتعهد أو المقاتل ، على أن يعرض قرار إعادة القيد على وزارة الخزانة (المالية) لنشره على كافة الجهات » ، وهذا حكم منطوق .

(ب) اذا كان الفرد يتخذ من المناقصات والمزايدات ستارا لارتكاب أعمال لا تتفق والمصلحة العامة . ومن ذلك حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ١٠ مارس سنة ١٩٥٤ (م ٨ ، ص

(٩٢٥) والذي يقول بخصوص القرار الصادر بحرمان أحد الأفراد من المناقصات العامة أن ذلك القرار قد استهدف وجه الصالح العام ، وهو عدم اتخاذ تلك المزايدات والتمهيدات والتنقلات الى مركز الشط ومنه ستارا لتهرب المخدرات والأسلحة ، فلا وجه للتحدي والحالة هذه بأن القرار المذكور يخالف المادة ٨٦٢ من لائحة المشتريات بحرمان المدعى من الدخول في المناقصات ما دام أن منعه من الدخول في المناقصات ، قد قام على ما يبرره من أسباب تتصل بالأمن العام ، وبعد اذ ظهر أن المدعى في تقديم عطاءات بأسعار في ظاهرها تحقيق مصلحة مادية للحكومة وقد تحمل المدعى خسارة مادية ان هي الا ذريعة لينفذ من ورائها الى تحقيق أغراضه الخفية » . وتعتبر هذه الحالة أيضا مجرد تطبيق لشرط حسن السمعة الذي أشرنا اليه في الفقرة السابقة .

(ج) كمقوبة تبعية ، لسبق الحكم على الفرد بمقوبة جنائية ، وذلك وفقا لنص المادة ٢٥ من قانون العقوبات التي تنص أن « كل حكم بمقوبة جنائية يستلزم حتما حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا الآتية : أولا - القبول في أى خدمات في الحكومة مباشرة أو بصفة متعهد أو ملتزم أيا كانت أهمية الخدمة » .

(د) كنتيجة لفقد الاعتبار «indignité» بسبب الحكم بالافلاس ، أو التجريد من الحقوق المدنية .

خامسا : وقد يرجع سبب المنع الى وجود الفرد في حالة لا يمكن معها الاشتراك في المناقصات العامة ، ومن ذلك حالة الموظفين العموميين^(١) : لقد جاء في المادة السابعة من اللائحة الملغاة (معدلة بقرار وزير الخزانة رقم ٨٦ لسنة ١٩٦٠) أنه :

(١) واستنادا الى هذه القاعدة أفتى مجلس الدولة في ١٤ يناير سنة ١٩٥٧ (مجموعة الفتاوى ، السنة ١١ ، ص ٣٥٠) بأن شيخ البلد باعتباره موظفا عموميا لا يستطيع أن يتقدم بعطاء في مزايده استغلال سوق الناحية التي هو شيخ فيها . وإذا تقدم فيجب استبعاد عطاءه . واستطردت الفتوى تقول : « على أنه اذا حدث أن تقدم شيخ بعطاءه في مناقصة ولم تقرر الادارة استبعاده منها لعدم علمها بصفته ، =

مادة ٧ : « لا يجوز لموظفى الحكومة ومستخدميها التقدم بمطاعات فى المناقصات كما لا يجوز شراء أصناف منهم أو تكليفهم تنفيذ أعمال ومع ذلك يجوز شراء كتب من تأليفهم سواء منهم مباشرة أو من المكتبات المودعة بها أو تكليفهم بالقيام بأعمال فنية كالرسم والنحت والتصوير . . . الخ أو شراء هذه الأعمال الفنية منهم إذا كانت ذات صلة بالأعمال المصلحية . ويكون الشراء أو التكليف بالعمل الفنى من نفس الكتاب أو نفس العمل الفنى فى السنة المالية بترخيص من السلطات الآتية :

رئيس المنطقة أو الوحدة فى حدود خمسة جنيهاً وبشرط ألا يزيد عدد النسخ المشتراة من الكتاب الواحد على خمس نسخ . رئيس المصلحة فيما لا يجاوز ٢٥ جنيهاً . وكيل الوزارة فيما لا يجاوز ٥٠ جنيهاً . الوزير فيما لا يجاوز مائة جنيهاً . اللجنة المالية بوزارة الخزانة فيما يزيد عن ذلك .

على أنه بالنسبة الى الكتب الدراسية يخول السيد/وزير التربية والتعليم سلطة الموافقة على شرائها طبقاً للقواعد العامة مهما تكن قيمتها .

أما إذا كان الموظف قد باع بمقد ثابت التاريخ - قبل تاريخ الشراء بستة أشهر على الأقل - حق الطبع والنشر الى مكتبة أو فرد فيكون الشراء طبقاً للقواعد العامة . ويكون شراء حق التأليف أو الطبع أو النشر وفقاً للقواعد التى تقررها اللجنة المالية بوزارة الخزانة . ويصدر بهذا الشراء قرار من الوزير المختص ، إذا لم تتجاوز القيمة أربعمائة جنية . وما يزيد على ذلك يكون بقرار من رئيس الجمهورية .

== ثم رسا عليه المزاد ، فان هذه الصفة لا تكون بعدئذ سبباً يبرر إلغاء العقد المبرم معه ، اذ أنه يبين من قانون التوظيف أنه وان كان يقضى بحظر مزاولة الأعمال التجارية على الموظفين ، إلا أنه لم يتضمن أى نص يقضى بإبطال العقود التى تبرم بالمخالفة لهذا الحظر ، وهذا دون إخلال بحق جهة الإدارة فى محاكمة الموظف الذى يخالف هذا الحظر تأديبياً . »

وبالنسبة الى وزارة التربية والتعليم يكون شراء حق التأليف أو الطبع أو النشر وفقا للقواعد المنصوص عليها بقرار مجلس الوزراء الصادر في ٢٣ مايو سنة ١٩٥٦ • (أضيفت هذه الفقرة بمقتضى القرار رقم ٣٦ لسنة ١٩٦١) •

وقد ورد هذا الحكم فى المادة ٣٨ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٢ والتي تقرر « يحظر على العاملين ب وحدات الجهاز الإدارى للدولة وحدات الحكم المحلى والهيئات العامة التقدم بمطامات أو عروض لتلك الجهات ، كما لا يجوز شراء أصناف منهم ، أو تكليفهم بتنفيذ أعمال • ولا يسرى ذلك على شراء الكتب من تأليفهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال فنية كالرسم والتصوير وما يماثلها أو شراء هذه الأعمال الفنية منهم اذا كانت ذات صلة بالأعمال المصلحية ، وعلى أن يتم الشراء والتكليف فى الحدود ووفقا للقواعد والاجراءات التى تبينها اللائحة • كما يحظر على العاملين بتلك الجهات الدخول فى المزايدات والممارسات بأنواعها الا اذا كانت الاشياء المشتراة لاستعمالهم الخاص ، وكانت مطروحة للبيع عن طريق جهات غير التى يعملون بها ولا تخضع لاشراف الجهة التى يعملون بها » •

سادسا : وتشترط بعض التشريعات أن يكون المتقدم الى المناقصات العامة مواطنا ، ويكون ذلك لتحقيق اعتبارات متعددة تتعلق بطبيعة العقد ومدى السلطات التى يغولها للمتعاقد ، أو بقصد حماية المواطنين^(١) • وأحيانا تفرض الادارة مقدما شرط الجنسية دون نص خاص من المشرع • وقد جرى القضاء الفرنسى فى أول الأمر على بطلان هذا الشرط^(٢) ولكنه عدل عن هذا المسلك واعترف بشرعية الشرط ، لا فى العقود ذات الطابع السياسى

(١) مثال ذلك قانون ١٨ أغسطس سنة ١٩٣٦ ، وهو يتعلق بالأعمال التى تستهدف القضاء على البطالة فى فرنسا •

(٢) حكم محكمة المعاسيات الصادر فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٦ فى قضية «Montceau-les Mines» وراجع مؤلف «M. Quaneard» عن «L'adjudication des marchés» publiés de travaux et de fournitures» رسالة مقدمة لجامعة باريس ، سنة ١٩٤٥ من ١٣٥ وما بعدها •

أو الحربى فحسب ، وانما فى سائر العقود الادارية^(١) .
ولم يتضمن القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات والمزايدات العامة شرطا بخصوص الجنسية فيما يتعلق بالمتعاقد ، وان كان القانون قد تضمن ما يفيد تشجيع المصنوعات المصرية فى بعض الحالات . فقد جاء فى المادة الثامنة من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المتعلقة بالمتعاقد عن طريق الممارسة قولها : « كما يجوز للوزارات والمصالح الحكومية أن تشتري بطريق الممارسة وفقا لأحكام هذه المادة ما تحتاجه من منتجات الشركات الصناعية ، التى تملك الحكومة فيها أكثر من نصف رأس المال ويصدر بتعيينها قرار من وزير المالية والاقتصاد . ويسرى حكم الفقرة السابقة على الشركات التى يرى مجلس الوزراء - بناء على توصية وزارة المالية والاقتصاد - لصالح الاقتصاد القومى الاتفاق معها على شراء منتجاتها بطريق مباشر بالشروط التى يقررها » على أن المشرع قد قرن هذه الميزة بقيد هام اذ يقول : « ويكون للحكومة عند منح الاستثناء المذكور فى الفقرتين السابقتين ، حق مراقبة حسابات الشركات المذكورة من حيث المصروفات والتكاليف وتحديد أسعار البيع ، وذلك طبقا للأوضاع التى يصدر بها قرار من وزير المالية والاقتصاد » .
وقد ورد ذات المبدأ فى المادة ١٨ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والتى تقول : « يجب ارساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطا والأقل سعرا » . ويمتبر العطاء المقدم عن توريدات من الانتاج المحلى أو عن أعمال أو خدمات تقوم بها جهات مصرية ، أقل سعرا اذا لم تتجاوز الزيارة فيه ١٥٪ من قيمة أقل عطاء أجنبى . ولا يجوز الخروج على حكم هذه الفقرة الا فى حالات الضرورة القصوى التى تقتضيها المصلحة العامة وبموافقة وزير المالية » . كما نذكر بحكم المادة ٤ مكررا المضافة الى اللائحة والتى توجب النقل بحرا عن طريق الشركة المصرية لأعمال النقل البحرى ، وأن يكون الاستثناء من هذا الخطر بقرار من وزير النقل البحرى أو من يفوضه .

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ فى قضية «Smith» المجموعة ص ١٠٤٠ وفى مايو سنة ١٩٣٦ فى قضية «Société de Ouent africain» المجموعة ص ٦٢٠ .

وكان رأينا ، وما يزال ، أن الادارة اذا اشترطت توريد أصناف
مصرية أو فضلت عطاءا لأنه من مصنوعات مصرية ، فإن موقفها
يكون سليما ، ولا يمس مبدأ المساواة بين المتنافسين * بل أن
الاستغناء عن المصنوعات الأجنبية بمثيلاتها المصرية هو أمر حيوى فى
مرحلة التصنيع التى تجتازها البلاد ، فإن من أهم مشاكل مرحلة
الانطلاق التى تمر بها مصر مشكلة التمويل ، وعدم توازن الميزان
التجارى لصالحنا * ومن ثم فإن سياسة الاكتفاء الذاتى من المصنوعات
المحلية ، توطئة لضغط الاستيراد ليس مشروعاً فحسب ، بل هو أمر
حيوى * ويجب العمل من ناحية ثانية على ضرورة تنسيق التجارة بين
جمهورية مصر العربية وبين الدول العربية ، حتى يمكن تقرير نوع
من الأفضلية - على سبيل التبادل - للمصنوعات العربية على الأقل
إذا تساوت فى الجودة والسعر مع المصنوعات الأجنبية ، فهذا ما يحتمه
روح ميثاق الجامعة العربية ، والوحدة العربية^(١) * ومن هذا
القبيل اتفاقيات التكالل الاقتصادى التى أبرمت فى منتصف عام
١٩٨٣ بين مصر والسودان ، والتى تضمنت كثيرا من أوجه المعاملات
التفضيلية للقطرين الشقيقين ، وكذلك اتفاقية تأسيس مجلس
التعاون العربى بين مصر والعراق والأردن واليمن ، والتى تستهدف
تحقيق أعلى مستوى للتنسيق والتعاون والتكامل بين الدول
الأعضاء ، والسمى الى قيام سوق مشتركة وصولا الى السوق العربية
والوحدة الاقتصادية ، والموقعة فى ١٦/٢/١٩٨٩ .

ويجب أن يلاحظ أخيرا ، أن مصر ، كدولة لما تستكمل تصنيفها
بعد ، لا يمكنها - بل وليس من الصالح - أن تغالى فى شرط الجنسية
فى المتعاقدين ، لأن كثيرا من مشروعاتنا الكبرى تحتاج الى تعاون
الفنيين الأجانب ، ومساهمة الشركات الأجنبية الكبرى فى
تنفيذها^(٢) . ولهذا فإن اللائحة قد عنيت بالاعلان عن المناقصات

(١) راجع فى التفاصيل مؤلفنا « التطور السياسى للمجتمع العربى » .
(٢) أكدنا هذا المعنى فى الطبعة السابقة من هذا المؤلف ، وقد زادت سياسة
الانفتاح الاقتصادى وضوحا .

العامة فى الخارج • ولكن ليس هناك ما يمنع الادارة من أن تشتترط
الجنسية العربية فى التعاقد بالنسبة الى العقود التى يمكن للعرب
القيام بها على وجه تام ، أو التى تتطلب اعتبارات خاصة لا يمكن
أن تتوافر الا فى المواطنين •

سابعاً : حرمت المادة التاسعة من قانون المناقصات والمزايدات
العامة الملفى الوساطة فى التعاقد ، فهى تنص على أنه : « تحظر
الوساطة فى التعاقد فيما لا يكون التعامل فيه بالبيع عادة الا للحكومة
وحدها من مواد ومهمات وآلات مثل القاطرات وعربات السكة
الحديد والتليفونات والأسلحة والذخائر سواء أكان التعاقد بطريق
المناقصة أم بطريق الممارسة • وكل عطاء أو عرض من هذا النوع
يتم عن طريق وسيط يكون واجب الاستبعاد • ولا يسرى الحكم
المتقدم على التعاقد مع الحكومة اذا كان مركزه فى الخارج وكان له
وكيل معتمد فى مصر » • وقد ورد ذات الحكم فى المادة ٣٦ من
القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والتى تقرر « تحظر الوساطة فى التعاقد
فيما لا يكون التعامل فيه بالبيع عادة الا للجهات الخاضعة لأحكام هذا
القانون ، ولا يسرى ذلك على التعاقد مع تلك الجهات اذا كان مركزه
فى الخارج ، وكان له وكيل معتمد فى مصر » •

ثامناً : الشرط الخاص بمحل الإقامة : تنص المادة ٤ من لائحة
المناقصات والمزايدات الملفاة على أنه « يجب أن يكون مقدم العطاء
مقيماً فى جمهورية مصر ، أو أن يكون له وكيل فيها • والا وجب
عليه أن يبين فى عطاءه الوكيل المعتمد منه فى جمهورية مصر ، فيما
رست عليه المناقصة ، وأن يبين فى عطاءه العنوان الذى يمكن مغابرتة
فيه ويعتبر اعلانه فيه صحيحاً • واذا كان العطاء مقدماً من وكيل
عن صاحب العطاء فعليه أن يقدم معه توكيلاً مصدقاً عليه من السلطات
المختصة » • ولقد سبق أن أشرنا الى حكم المحكمة الادارية العليا
الصادر فى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٦٨ (س ١٤ ، ص ٥٦) والذى يقرر
أن هذا الاشتراط الأخير « لا أثر له فى قيام الوكالة التى استوفت
شروط انعقادها » •

هذا وقد ورد ذات الحكم فى المادة ٥٩ من اللائحة الجديدة حيث
تقرر « يجب أن يكون مقدم العطاء مقيما فى جمهورية مصر العربية
أو أن يكون له وكيل فيها والا يجب عليه أن يبين فى عطاءه الوكيل
المعتمد منه فى جمهورية مصر العربية فيما لو رست عليه المناقصة
وأن يبين فى عطاءه العنوان الذى يمكن مخاطبته فيه ، ويعتبر
اعلانه صحيحا »^(١) .

تاسعا : شرط عدم التعامل مع اسرائيل : كانت اللائحة الملفاة
توجب عدم التعاقد مع من يتعاملون مع اسرائيل على النحو الذى
تضمنته المادة ٤٢ منها حيث تقرر :

مادة ٤٢ - « على الشركات والأفراد المتقدمين بعطاءات أن يقدموا
مع عطاءاتهم تمهدا بعدم اقامة مصنع رئيسى أو فرعى للتصنيع أو
للتجميع باسرائيل ، ويحظر على وكلائهم جميع منتجات اسرائيل .
ولا يكون لهم منح حق امتياز استعمال أسمائهم الى الشركات
الاسرائيلية المساهمة فى شركات أو مصانع أو منشآت اسرائيلية .

كما يتعهدون بالامتناع عن التعامل مع الشركات والمؤسسات
الأجنبية العامة والخاصة وفروعها وتلك التى تساهم معها ماليا أو
معنويا فى الحالات التالية اذا لم تسو موقفها بما يتفق وأحكام القانون
رقم ٥٠٦ لسنة ١٩٥٥ ومبادئ المقاطعة خلال مدة ائدارها :

١ - اذا أنشأت لها مصنعا رئيسيا أو فرعيا فى اسرائيل .
٢ - اذا أنشأت لها مصنعا للتجميع فى اسرائيل . ويشمل الحظر
الشركات والمؤسسات الأجنبية التى يقوم وكلاؤها بتجميع منتجاتها
فى اسرائيل .

٣ - اذا ثبت أن شركة اسرائيلية ما قد قامت بتجميع وحدة من

(١) واستطردت المادة تقول : « اذا كان العطاء مقدما من وكيل عن صاحب
العطاء فعليه أن يقدم معه توكيلا مصدقا عيه من السلطات المختصة ، بالإضافة الى
كافة البيانات والمستندات التى يجب عليه تقديمها وفقا لأحكام القوانين والقرارات
التي تنظم ذلك » .

سلمة أو من بضاعة ما من أجزاء أو قطع غالبيتها من انتاج شركة أجنبية معينة أو أحد فروعها ، وذلك على نطاق تجارى ، ما لم تثبت هذه الشركة الأجنبية عدم مسئوليتها عن هذا التجميع ، وقيامها باتخاذ الاجراءات القانونية حيال الشركة الاسرائيلية التى ارتكبت الفعل المشار اليه . ويسرى هذا الحكم اذا كانت الأجزاء المستعملة فى انتاج الوحدة تشكل نسبة تزيد على خمسين فى المائة من أجزاء هذه الوحدة أو كانت الآلة المحركة للوحدة من انتاج الشركة الأجنبية .

٤ - اذا كان لها وكلاء عامون أو مكاتب رئيسية للشرق الأوسط فى اسرائيل .

٥ - اذا منحت امتياز حق استعمال اسمها الى شركات اسرائيلية .

٦ - اذا ساهمت فى شركات أو مصانع اسرائيلية .

٧ - اذا قدمت المشورة أو الخبرة الفنية الى المصانع الاسرائيلية .

٨ - اذا امتنعت عن الاجابة خلال فترة الانذار على ما يطلب منها من أسئلة تستهدف ايضاح وضوحها وتحديد علاقتها مع اسرائيل .

٩ - اذا تناولتها الأحكام الواردة فى المادة الأولى من قانون المقاطعة رقم ٥٠٦ لسنة ١٩٥٥ المشار اليه ، كالأحكام الخاصة بالشركات والمؤسسات الأجنبية التى تعمل لحساب أو مصلحة اسرائيل . وعلى سبيل المثال الشركات والمؤسسات الأجنبية التى تمثل شركات اسرائيلية أو تبيع أو تروج منتجاتها داخل اسرائيل أو خارجها والمؤسسات الأجنبية الأعضاء فى الغرف التجارية الأجنبية الاسرائيلية المشتركة .

ويستثنى من تطبيق حكم هذا البند ، المتاجر الأجنبية التى تعرض أو تروج بعض المنتجات الاسرائيلية بشرط توافر الآتى :

(أ) ألا يكون المتجر وكيل الشركة الاسرائيلية التى يعرض منتجاتها أو المستورد الأساسى لهذه المنتجات .

(ب) ألا يمتنع عن بيع وعرض المنتجات العربية المماثلة اذا تساوت في السعر والجودة •

(ج) ألا يكون المتجر فرعاً لمؤسسة منتجة أو مصدرة لبضائع يمكن تصريفها في البلاد العربية •

١٠ - اذا أدخلت في منتجاتها الخاصة أدوات أو آلات من انتاج شركة محظور التعامل معها ، وذلك بعد انذارها واعطائها مهلة لاتقل عن ستة أشهر للاستعاضة عن منتجات الشركة المحظورة التعامل معها بمنتجات شركات أخرى لم تغالف مبادئ المقاطعة المقررة ، وخلال مدة الانذار ، ويسمح بادخال منتجات هذه الشركة اذا كان وضعها من باقى نواحي المقاطعة سليماً مع التقيد بالقواعد الخاصة بالانذار ، وبشرط ألا تزيد الأجزاء المدخلة مع انتاج الشركة المحظور التعامل معها عن ٣٥٪ من كامل تكاليف الوحدة الكاملة ، كما يلتزمون بعدم المشاركة فى الأعمال التى من شأنها دعم الاقتصاد الاسرائيلى ، علاوة على عدم تموين اسرائيل بالمواد التى تخدم مجهودها الحربى •

وفى أحوال مخالفة هذه الالتزامات يكون من حق الجهة المتعاقدة إلغاء التعاقد بكتاب موصى عليه وذلك دون اخلال بحق تلك الجهة فى المطالبة بالتعويضات •

وبعد اتمام الصلح مع اسرائيل صدر القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٨٠ (فى ٢٨ فبراير) ونصت المادة الأولى منه على أن « يلغى القانون رقم ٥٠٦ لسنة ١٩٥٥ بمقاطعة اسرائيل وجميع القوانين المرتبطة به ، كما تلغى القرارات والتشريعات الصادرة تنفيذا لأى منها » ولهذا خلا القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية من الأحكام المتعلقة بمقاطعة اسرائيل •

عاشروا - وخيراً فسان الدول المختلفة فى الوقت الحاضر تفرض على المتقدمين للمناقصات العامة بأنواعها المختلفة شروطاً لامت بصله الى صالح الأعمال موضوع التعاقد مباشرة ، وانما تستهدف بها الادارة أغراضاً متعددة ، أهمها الضغط على راغبى التعاقد من تلك

الشركات حتى تحترم الالتزامات التي تفرضها التشريعات الاجتماعية والعمالية «La législation sociale et ouvrière» من ضرورة التأمين على عملها ، وتقديم الاعانات الاجتماعية ، وأداء الضرائب والرسوم المستحقة على التعاقد ... الخ . وهذه الطريقة بمثابة ضغط غير مباشر ، وخلق جزاء على أفعال لا علاقة لها بالتعاقد . ولهذا فلا نجد التسليم بها في مصر الا اذا نص عليها المشرع صراحة .

وهكذا نرى أنه رغم قاعدة المساواة بين المتنافسين ، وحقهم في التقدم الى المناقصات العامة ، فان الادارة تتمتع بقدر كبير من الحرية في استبعاد غير الصالحين أو غير المرغوب فيهم . والمسلم به قضائيا في الوقت الحاضر - كما ذكرنا مرارا - أن استبعاد الادارة لأحد الأفراد من الدخول في مناقصة أو مزيدة عامة ، هو قرار اداري منفصل «acte détachable» يجوز الطعن فيه استقلالا والغاؤه عن طريق دعوى الالغاء . وسلطة الادارة في الاستبعاد للأسباب السابقة - ولغيرها - هي سلطة تقديرية لاتحكمية . ومن ثم فان الادارة تخضع في استعمالها لتلك السلطة لرقابة القضاء . ويكفى أن نذكر هنا على سبيل المثال قول محكمة القضاء الاداري في حكمها الصادر في ٢١ أبريل سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٢٩٤٦ لسنة ٧ قضائية) : « ... ومن حيث أن قرارات الحرمان أو الاستبعاد تخضع لرقابة القضاء الاداري ، ويجوز الطعن فيها أمامه بالالغاء لاسامة استعمال السلطة ، اذا كان القرار قد صدر متكبها الصالح العام أو لأسباب لا تتصل به ، كالأسباب السياسية مثلا ، كما يجوز الطعن بالالغاء لعدم قيام الأسباب المبررة للاستبعاد أو الحرمان لعدم صحة هذه الأسباب . على أنه يجب أن يستند الطعن الى أدلة مستمدة من أوراق الدعوى » . وقول المحكمة الادارية العليا في حكمها الصليطدر في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦١ (السنة ٧ ص ١٠٢) بعد أن أكدت حق الادارة في استبعاد غير الصالحين للتعاقد معها لسبب أو آخر « ... ولها مطلق التقدير في مباشرة هذا الحق لا يحدها في ذلك الاعيب اساءة استعمال السلطة » .

الفرع الثالث

كيفية التقدم الى المناقصات وما يترتب على التقدم من آثار

١ - بعد الاعلان عن المناقصات أو المزايدات العامة ، يجب بطبيعة الحال ، أن تحدد مهلة معقولة لكي يفكر فيها من يريد التقدم ، وليزن عطاءه وظروفه جيدا قبل التقدم . وقد ترك القانون تنظيم هذه المدة للائحة ، فوضعت أحكامها في المادتين ٣٠ و ٣١ من اللائحة الملغاة على النحو التالي :

مادة ٣٠ - « تحدد مدة قدرها ثلاثون يوما على الأقل لتقديم المطامات في المناقصات العامة ، وذلك من تاريخ أول اعلان عن المناقصة في الجريدة الرسمية . »

ويجوز بترخيص من وكيل الوزارة المختص أو رئيس هيئة الامدادات والتموين المختص ، تقصير هذه المدة بشرط ألا تقل عن خمسة عشر يوما اذا دعت الظروف الى ذلك . ولا يسرى ذلك على المناقصات العامة المتعلقة بالتوريدات السنوية الا في حالة اعادة طرحها . »

مادة ٣١ - « تحديد أقل مدة ممكنة لسريان المطامات . ففي المناقصات العامة التي لا تحتاج عيناتها الى تحليل كيميائي لا يجوز أن تزيد المدة على خمسة أسابيع في التوريدات السنوية ، وثلاثة أسابيع في المناقصات العامة الأخرى ، وذلك من التاريخ المعين لفتح المظاريف . »

وفي المناقصات التي تحتاج عيناتها الى تحليل كيميائي تضاف المدة التي يكون المعمل الكيميائي قد حددتها لانتهاء منه .

أما في مقاولات الأعمال ، فتحدد مدة سريان عطاءاتها بحسب ظروف كل حالة ، مع مراعاة تقصيرها الى أقل حد ممكن . »

أما اللائحة الجديدة ، فقد وردت الأحكام السابقة في المادة ١٦ منها على النحو التالي : « تحديد مدة قدرها ثلاثون يوما على الأقل

لتقديم العطاءات فى المناقصات العامة ، وذلك من تاريخ أول اعلان عن المناقصة فى الوقائع المصرية ، ويجوز بترخيص من رئيس الادارة المركزية المختص ، تقصير هذه المدة بشرط ألا تقل عن خمسة عشر يوما اذا دعت الضرورة الى ذلك ، ولا يسرى هذا التقصير على المناقصات العامة المتعلقة بالتوريدات السنوية الا فى حالة اعادة طرحها .
وتحديد أقل مدة ممكنة لسريان العطاءات بحيث لا تزيد على شهر الا فى حالات الضرورة القصوى التى تحتتمها طبيعة وظروف موضوع المناقصة ، وبموافقة رئيس الادارة المركزية المختص . وتحسب مدة سريان صلاحية العطاءات اعتبارا من التاريخ المحدد لفتح المظاريف ، على أن يتم البت فى المناقصة والاختار فى حالة القبول فور انتهاء مدة صلاحية سريان هذه العطاءات . فاذا تعذر ذلك ، فعلى الجهات الادارية أن تطلب فى الوقت المناسب الى مقدمى العطاءات قبول مد مدة صلاحية سريان عطاءاتهم الى المدة اللازمة » ووضح أن المادة الجديدة قد شملت حكم المادتين الواردتين فى اللائحة الملغاة .

أما فيما يتعلق بالمناقصات المحلية . فان المادة ١١١ من اللائحة الملغاة قد أوجبت ارسال طلبات عطاءاتها قبل الموعد المحدد لفتح مظاريفها بوقت كاف لا يقل عن خمسة أيام . وفى حالة الاستعجال ، أوجبت المادة ارسال طلبات العطاءات مع مخصوص قبل الموعد المحدد بأربع وعشرين ساعة على الأقل ، على أن تسلم بموجب ايصال مؤرخ . وقد وردت ذات الأحكام فى المادة ٤٣ من اللائحة الجديدة والتى تقرر « ترسل طلبات العطاءات المحلية الى المقاولين أو الموردين الذين تقرر جهة الادارة دعوتهم الى الاشتراك فى المناقصة بواسطة البريد الموصى عليه بعلم الوصول ، قبل الميعاد المحدد لفتح مظاريف العطاءات بوقت كاف ، لا يقل عن خمسة أيام . وفى حالة الاستعجال يجب ارسالها مع مخصوص قبل الموعد المحدد بثمان واربعين ساعة على الأقل ، وتسلم بموجب ايصال مؤرخ » .

وهذه المدد - بحدودها الدنيا - أساسية ، ومراعاتها شرط لسلامة اجراءات المناقصة ، فيجب من ناحية الأفراد أن يقدموا عطاءاتهم خلالها ، بحيث يسقط حقهم فى الاشتراك فى المناقصة اذا فوتوا المدة . ومن ناحية الادارة ، يتعين عليها أن تقبل كل طلب يصل خلال المدة المحددة . ويكفى فى هذا الصدد أن يصل العطاء قبل الساعة الثانية عشرة من ظهر اليوم المحدد بالاعلان . وقد نص على هذه الأحكام صراحة فى كل من اللائحة الملفاة واللائحة الحالية .

فالمادة ٢٠ من اللائحة الحالية تنص على أن « يقوم رئيس لجنة فتح المظاريف بفتح صندوق العطاءات فى الساعة الثانية عشرة ظهرا من اليوم المعين لفتح المظاريف كآخر موعد لتقديم العطاءات ٠٠٠ »

كما أن المادة ٢١ من ذات اللائحة قاطعة فى أنه « لا يلتفت الى أى عطاء أو تعديل فيه يرد بعد الموعد المعين لفتح المظاريف ، ولو كان مرسلا من مقدم العطاء فى تاريخ سابق لفتح المظاريف ، على أن يراعى تقديمه فور وصوله الى رئيس اللجنة لفحصه والتأشير عليه بساعة وتاريخ وروده ، ثم يدرج فى كشف العطاءات المتأخرة ٠٠٠ »

٢ - ويتمين على كل من يريد الاشتراك فى المناقصة المعلن عنها أن يحترم الشروط التى حددتها اللائحة والتى يمكن اجمالها فيما يلى :

مادة ٥٣ : تقدم العطاءات موقعة من أصحابها على نموذج العطاء المختوم بخاتم جهة الادارة والمؤشر عليه برقم قسيمة تحصيل الثمن وتاريخها وعلى جدول الفئات المرافق له وترسل داخل مظروف مختوم بالشمع الاحمر يوضع داخل مظروف آخر ويكتب على المظروف الداخلى عبارة عطاء عن () جلسة () وعلى الخارجى اسم وعنوان وجهة الادارة أو الوحدة المختصة ويذكر به ما يأتى « بداخله عطاء لجلسة » ٠٠٠ ويكون ارسالها بالبريد الموصى عليه خالصة الأجرة ، ويجوز وضعها داخل الصندوق المختص لوضع العطاءات . واذا أريد تسليمها لقلم محفوظات الجهة فيكون ذلك بايصال يثبت فيه تاريخ التسليم وساعته .

ويجوز اذا كان العطاء مقدما من فرد أو شركة فى الخارج أن يقدم على النموذج الخاص بمقدم العطاء بشرط قيامه بشراء كراسة الشروط والمواصفات (مادة ٥٣ من اللائحة الجديدة) .

ثانيا - على مقدم العطاء مراعاة ما يلى فى اعداده لقائمة الأسعار (جدول الفئات) :

١ - تكتب اسعار العطاء بالمداد بالعملة المصرية رقما وحروفا باللغة العربية ويكون سعر الوحدة فى كل صنف بحسب ما هو مدون بجدول الفئات عددا أو مقاسا أو غير ذلك دون تغيير أو تعديل فى الوحدة .

ويجوز فى حالة تقديم العطاء من فرد أو شركة فى الخارج أن تكتب الأسعار بالعملة الأجنبية مع ذكر ما تساويه بالعملة المصرية .
ويجب أن تكون قائمة الأسعار مؤرخة وموقعة من مقدم العطاء .

٢ - لا يجوز الكشط أو المحو فى جدول الفئات ، وكل تصحيح فى الأسعار أو غيرها يجب اعادة كتابته بالمداد رقما وحرفا وتوقيعه .

٣ - لا يجوز لمقدم العطاء شطب أى بند من بنوده أو من المواصفات الفنية أو اجراء تعديل فيها مهما كان نوعه .

واذا رغب فى وضع اشتراطات خاصة أو اجراء تعديلات أن يبعثها فى كتاب مرافق لمطائه على أن يشير الى هذا الكتاب فى العطاء نفسه أو أن يرسل التعديل بعد ذلك بكتاب على أن يصل قبل فتح المظاريف ، ولا يمتد بما عدا ذلك من وسائل المراسله .

ولا يلتفت الى أى ادعاء من صاحب العطاء بحصول خطأ فى عطائه اذا قدم بعد فتح المظاريف .

٤ - اذا سكت مقدم العطاء فى مناقصات توريد الاصناف عن تحديد سعر صنف من الاصناف المطلوب توريدها بقائمة الاسعار المقدمة منه فيعتبر ذلك امتناعا منه عن الدخول فى المناقصة بالنسبة الى هذا الصنف .

أما فى مقاولات الأعمال فلجهة الادارة مع الاحتفاظ بالحق فى استبعاد المطاء أن تضع للبند الذى سكت مقدم المطاءات عن تحديد فئته أعلى فئة لهذا البند فى المطاءات المقدمة وذلك للمقارنة بينه وبين سائر المطاءات . فاذا ارسيت عليه المناقصة فيعتبر انه ارتضى المحاسبة على أساس أقل فئة لهذا البند فى المطاءات المقدمة دون أن يكون له حق المنازعة فى ذلك .

٥ - يبين فى قائمة الاسعار ما اذا كان الصنف مصنوعا فى مصر أو فى الخارج ، ويترتب على عدم صحة هذه البيانات كلها أو بعضها رفض الصنف علاوة على شطب اسم مقدم المطاء من بين متمهدين الحكومة .

٦ - الفئات التى حددها مقدم المطاء بجدول الفئات تشمل وتنطى جميع المصروفات والالتزامات أيا كان نوعها التى يتكبدها بالنسبة الى كل بند من البنود ، وكذلك تشمل القيام باتمام جميع الاعمال وتسليمها لجهة الادارة والمحافظة عليها اثناء مدة الضمان طبقا لشروط العقد ، ويعمل الحساب الختامى بالتطبيق لهذه الفئات بصرف النظر عن تقلبات السوق والعملية والتمريفة الجمركية ورسوم الانتاج وغيرها من الرسوم الأخرى .

ثالثا - على مقدمى المطاءات عن مقاولات الأعمال أن يبينوا فى كتاب مستقبل يرافق المطاء قيمة الأعمال ونوعها وتاريخها التى قاموا بها للحكومة والهيئات العامة وشركات القطاع العام . فاذا كان لم يسبق لهم القيام بأعمال من هذا القبيل فعليهم أن يقدموا الى جهة الادارة ما يثبت قيامهم فى عهود قريبة بأعمال تشبه فى نوعها الاعمال المطروحة فى المناقصة ومواقعها ومجموع قيمتها وتواريخ اتمامها وعليهم عمل التسهيلات اللازمة لمندوبى جهة الادارة لمعاينة تلك الاعمال وتقديم كافة البيانات والمستندات التى تثبت قيدهم فى مكاتب أو سجلات خاصة وفقا للقوانين أو القرارات التى تنظم ذلك (مادة ٥٥) .

رابعاً - يكون العطاء عن توريد الاصناف حسب عينات جهة الادارة النموذجية والمواصفات أو الرسومات المعتمدة التي يجب على مقدم العطاء الاطلاع عليها ، ويعتبر تقديمه العطاء اقراراً منه باطلاعه عليها ويتولى التوريد طبقاً لها ولو رافقت عطاءه عينات أخرى .

على انه بالنسبة الى المنتجات الغذائية والكيمياوية يكون التوريد حسب المواصفات المحددة لها، واذا لم يكن لها مواصفات يكون التوريد حسب العينات التي يطلب تقديمها مع العطاءات ، واذا كانت هذه العينات مما يفسد ولا تبقى سليمة حتى التوريد فيكون قبول التوريد على أساس مطابقة نتائج تحليلها على نتائج تحليل عينات التوريد .

وبالنسبة الى المنتجات الهندسية والمعدنية والكهربائية يكون التوريد حسب المواصفات دون التقيد بالعينات ، ويجوز تقديم عينات للاسترشاد بها فقط .

أما منتجات الغزل والنسيج فيكون قبولها وفقاً للشروط والمواصفات والتجاوزات الفنية التي تقرها وزارة الصناعة .

واذا ما اجازت الجهة الادارية المختصة في اعلانها تقديم عينات مع العطاءات فيجب أن تكون من حجم أو مقياس أو وزن يسمح بالفحص أو التحليل وأن تنطبق عليها المواصفات .

ويكون لمقدمي العينات الحق في استردادها في مدى اسبوعين من تاريخ اخطارهم برفضها بكتاب موصى عليه والا أصبحت ملكاً للحكومة دون مقابل (مادة ٥٦) .

فاذا تقدم أحد الأفراد بعينات أخرى ، فيجب أن يوضح أنه يعلق قبول عطاءه على أساس قبول عيناته هو ، لا عينات الادارة . وبهذا المعنى صدر حكم المحكمة الادارية العليا في ٢٦ مارس سنة ١٩٦٠ (السنة ٥ ص ٥٥٣) حيث تقول : د ٠٠٠ اذا بان من الاطلاع على أصول الأوراق أن المتهمد لم يذكر شيئاً عن أسعاره المقدمة عن عيناته

التي أودعها المخازن مقابل إيصال لا ينم عن أكثر من واقعة الإيداع ،
وانما الثابت أن المتهم وضع بخط يده الأسعار التي ارتضى أن يتم
التوريد على مقتضاها قرين الصنفين المشروطين بمينة الوزارة
انتموجية دون أى تحفظ من جانبه أو أية اشارة على أن الأسعار
التي وضعها انما هى عن عينات أخرى غير عينات الوزارة ، بل انه لم
يشر فى العقد الذى وقعه أن هناك عينات أخرى قام بإيداعها يوم أن
قدم عطاءه ووقع كراسة الاشتراطات العامة ، فجاء عطاؤه خلوا تماما
من أى تحفظ أو اشتراط ، فانه اذا قررت الوزارة المدعية قبول
عطاء المتهم عن هذين الصنفين بأسعاره التي وضعها على أساس
عينة الوزارة ، فان هذا القبول من جانبها يكون قد صادف ايجاب
المطعون عليه والتقى به عند محله الذى لا يمكن أن يكون التوريد الا
على أساس عينة الوزارة عن جميع الوحدة .. »

واذا لم تعدد الادارة مواصفات لعينات معينة ، وتركت للمتقدمين
أن يتقدموا بمينات من عندهم ، فان المحكمة الادارية فى حكمها
الصادر فى ٢٧ مايو سنة ١٩٦٧ (س ١٢ ، ص ١١٠٠) قد أخضعت
هذا النوع من التعاقد للمادة ٢٤٠ مدنى والتي تنص على أنه « اذا
كان البيع بالمينة ، وجب أن يكون المبيع مطابقا لها واذا تلفت
المينة أو هلكت فى يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ كان على المتعاقد
الأخر ، بائنا كان أو مشتريا ، أن يثبت أن الشيء مطابق للمينة أو غير
مطابق » وكان موضوع النزاع ينصب على توريد بوية وفقا لمينة
قدمتها الشركة ، وقبلتها الادارة ، وهلكت تحت يدها ، وادعت الادارة
أن الصنف المورد لا يطابق المينة - فقررت المحكمة الادارية العليا
أنه « يقع عليها (الادارة) عبء اثبات ذلك ، ويكون الاثبات بجميع
الطرق بما فى ذلك البينة والقرائن » كما قررت أيضا أنه « متى ثبت
أن المتهم قد عرض تقديم عينة أخرى تحل محل المينة المقبولة ،
واذا لاقى هذا الايجاب قبولا من القوات البحرية (جهة الادارة
المتعاقدة) فان ذلك يعد اتفاقا بين الطرفين على احلال المينة التي

قدمتها الشركة محل المينة المقبولة التى فقدت بسبب خطأ وقع من طرف المقد *

خامسا - كل عطاء مقدم من شركة يجب أن ترافقه صورة رسمية من عقد تأسيسها ومن قانونها النظامى ، وعند تقديم عطاء من منشأة تجارية لأكثر من شخص واحد فيجب أن ترافقه صورة رسمية من عقد المشاركة . وفى كلتا الحالتين يجب أن ترافق الصورة المقدمة بيان بأسماء الأشخاص المصرح لهم بآلتعاقد لحساب الشركة أو المنشأة ومدى هذا الحق وحدوده وأسماء المسئولين مباشرة عن تنفيذ شروط العقود وأمضاء الإيصالات وأعطاء المخالصات باسم الشركة أو المنشأة ونماذج من أمضاءاتهم على أن تكون هذه النماذج على ذات صورة المقد أو التوكيل .

وإذا كان العطاء مقدما من شخص طبيعى أو معنوى فيجب أن ترافق العطاء صورة من بطاقته الضريبية (مادة ٦٠) .

سادسا - يكون توريد الأصناف فى المواعيد والأماكن المبينة بقائمة الأسعار ويراعى عند وضع الأسعار بالعطاء :

(أ) إذا كان تسليم الأصناف بميناء الشحن على ظهر المركب « فوب » « F.O.B. » فيجب أن يشمل السعر المبين بالعطاء العبوات من صناديق وصفائح وبراميل وأكياس وغيرها وكذا مصروفات النقل الى ظهر المركب .

(ب) إذا كان التسليم « C.I.F. » أى بميناء الوصول فيشمل السعر علاوة على المبين بالبند (أ) فلولن الشحن البحرى أو الجوى ومصروفات التفريغ من المراكب كما يشمل رسم التأمين فى حالة « C.I.F. » وميناء الوصول .

وفى كلتا الحالتين إذا اشترط المتعهد فى عطائه قيام الجهة صاحبة الشأن بدفع الثمن بموجب اعتماد يفتح بواسطتها لحسابه أو لحساب عملائه فى الخارج أو فى الداخل فإن مصاريف فتح الاعتماد

يتحملها المتعهد ، وعليه ان يبين فى العطاء مقدار المبالغ المطلوب تحويلها الى الخارج مع بيان نوع العملة والجهة التى سيتم الاستيراد منها .

ومع ذلك يجوز للوزير المختص بعد موافقة لجنة البت الموافقة على تعمل الجهة بمصروفات فتح الاعتماد اذا اشترط المتعهد ذلك ، على ان يؤخذ هذا الشرط فى الاعتبار عند المقارنة والمفاضلة بين مختلف العروض من حيث الأسعار والشروط المقدمة .

(ج) اذا كان التسليم بمخازن جهة الادار فيجب ان يشمل السعر علاوة على المبين بالبند (ب) رسوم الجمارك وجميع أنواع الرسوم الأخرى والضرائب السارية وقت تقديم العطاء ومصروفات النقل الداخلى بحيث تسلم الأصناف لمخازن الجهة خالصة من جميع الرسوم والمصروفات .

(د) فاذا حدث تغيير فى التعريف الجمركية أو الرسوم أو الضرائب الأخرى التى تحصل على الأصناف الموردة فى المدد الواقعة بين تقديم انعطام وآخر موعد للتوريد وكان التوريد قد تم فى غضون المدة المحددة له فيسرى الفرق تبعاً لذلك بشرط ان يثبت المتعهد أنه ادى الرسوم والضرائب على الأصناف الموردة على أساس الفئات المعدلة بالزيادة . أما فى حالة ما اذا كان التمديل بالنقص فتخصم قيمة الفرق من العقد الا اذا اثبت المتعهد أنه ادى الرسوم على الفئات الاصلية قبل التعديل .

وفى حالة التأخير فى التوريد عن المواعيد المحددة فى العقد وكان تعديل فئات الضرائب والرسوم قد تم بعد هذه المواعيد فان المتعهد يتحمل عن الكميات المتأخرة كل زيادة فى الرسوم والضرائب المشار اليها الا اذا اثبت المتعهد أن التأخير يرجع الى القصرة القاهرة ، أما النقص فيها فتخصم قيمته من قيمة العقد . (مادة ٦٤) .

ثامنا - وأخيرا يجب أن يقدم مع كل عطاء تأمين مؤقت لا يقل عن ١٪ من مجموع قيمة العطاء فى مقاولات الأعمال ، ولا يقل عن ٢٪ من قيمة العطاء فيما عدا ذلك (مادة ١٩ من القانون) ، مع مراعاة حالة الاعفاء المقررة فى المادة ٢١ من القانون ، والتي تعفى من التأمين المؤقت والنهائى الهيئات العامة وشركات القطاع العام والجمعيات ذات النفع العام ، والجمعيات التعاونية المشهرة وفقا للقانون . وذلك عن العروض الداخلة فى نشاطها ، وبشرط تنفيذها للعملية بنفسها . ويجوز عند الضرورة للسلطة المختصة - بعد موافقة لجنة البت - اعفاء الشركات المحتركة من ايداع التأمين المؤقت والنهائى اذا طلبت فى عروضها ذلك ، ولم تكن قد اشترطت الدفع المقدم . ويجب أن يكون قرار الاعفاء مسببا .

ووفقا للمادة ٦٨ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة ، الأصل أن تؤدى التأمينات نقدا . ومع ذلك يجوز لمقدم العطاء طلب خصم قيمة التأمين من مبالغ مستحقة له لدى جهة الادارة بشرط أن تكون صالحة للصرف وقت تقديم العطاء أو وقت تقديم الطلب بالنسبة للتأمينات النهائية . ولا يجوز أن يكون أداء التأمين عن طريق الكفالة . ولكن يجوز تقديم كفالة بقيمة التأمين اذا كانت قيمته تقل عن عشرين جنيها .

واذا كان التأمين نقدا فيؤدى بايداعه احدى خزائن الحكومة بموجب ايصال رسمى يثبت فى العطاء رقمه وتاريخه ويجوز أن تسحب حوالة بريدية بقيمته ترافق العطاء . وتحسب فائدة على هذه المبالغ .

وتقبل الشيكات على المصارف المحلية اذا كان مؤثرا عليها بالقبول من المصرف المسحوبة عليه كما تقبل الشيكات المسحوبة على مصارف الخارج بشرط التأشير عليها بالقبول من أحد المصارف المعتمدة .

ومع ذلك يجوز عند الاقتضاء قبول الشيكات العادية دون أن تكون مصرفية أو معتمدة من البنوك المسحوبة عليها إذا تبين وجود ضمانات كافية .

وإذا كان التأمين كتاب ضمان^(١) وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية والا يقترن بأى قيد أو شرط وأن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر جهة الادارة المختصة مبلغا يوازي التأمين المؤقت وأنه مستعد لادائه بأكمله أو تجديد مدة سريان كتاب الضمان لمدة أخرى حسبما تراه الجهة الصادر لصالحها التأمين عند الطلب منها دون التفات الى أية معارضة من مقدم المطاء .

وعندما ترد لاحدى الجهات الادارية كفالة عن تأمين نهائى من أحد المصارف المرخص لها فى اصدار كتب كفالة أو أحد فروعها عليها أن تتحقق من أن المصرف أو الفرع قد أعطى اقرارا على هذه الكفالة بأنه لم يجاوز الحد الأقصى المعين لمجموع الكفالات المرخص للمصرف فى اصدارها .

فاذا تبين عند مراجعة الاخطارات بوزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية أن المصرف قد تعدى الحد الأقصى المحدد له أخطرت الجهة المختصة فوراً لمطالبة المصرف بأن يؤدي اليها فى ميعاد لا يجاوز ثلاثة أيام عمل قيمة الكفالة نقداً .

وإذا كانت الكفالة محددة المدة فيجب ألا تقل مدة سريانها عن ثلاثين يوماً على الأقل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان المطامات .

(١) هذا ويجب ملاحظة ما أفتت به اللجنة الثالثة للقسم الاستشارى بالفتوى رقم ١٦٨٧ فى ٢٣ مايو سنة ١٩٥٩ من أن خطاب الضمان عبارة عن كفالة شخصية فى حدود مبلغ معين يقدمه الكفيل وهو البنك . . . فلا يعتبر من مستحقات الدين . وبالتالى لا يجوز القسم منه بنشاء على طلب مصلحة أخرى . وما أفتت به الجمعية العمومية للقسم الاستشارى بجلسة ١٢/٢٥/١٩٦٠ من أن الكفالة مقصورة على عقد بذاته وهذا يجعلها محدودة بمدة ، فلا يجوز للوزارة أن تخصص مستحقاتها من عقد آخر قبل هذا التمهيد من خطاب الضمان الصادر فى شأن العقد الذى انصبت عليه الكفالة والذى نفذ صحيحاً .

وبالنسبة للتأمين النهائي فيكون سريان كتاب الكفالة لمدة تبدأ من وقت إصداره الى ما بعد انتهاء مدة العقد بثلاثة أشهر ، الا اذا اتفق على غير ذلك (مادة ٦٩ من اللائحة) .

٣- ومما تقدم يتضح أن المشرع في مصر ، اذا كان قد تطلب في العطاءات أن تقدم طبقا للمواصفات التي تصدرها الادارة ، كقاعدة عامة ، فانه قد سمح للأفراد أن يقدموا تحفظات أو اشتراطات بشرط أن تقدم في الميعاد . والملاحظ في هذا الصدد أن الادارة كثيرا ما تجيز للمناقضين في بعض المناقصات الهامة ، ذات الطابع الفني ، أن يتقدموا بمشروعات فنية مرادفة «Alternative Scheme» أى مشروعات جديدة تختلف في أصولها ومواصفاتها الفنية عن المشروع المد بمعرفة الادارة . وفي بعض الحالات الأخرى تسمح لهم بأن يتقدموا بعطاءات مرادفة «Alternative offer» بمعنى أن يتقدم المقاول بعطاء آخر مرادفا لعطاءه الأصلي بسعر يختلف عن السعر المقرر للمشروع الأصلي ، لأن المشروع المرادف يتضمن تحسينا أو تعديلا في المواصفات الفنية المقدمة من الادارة ، دون تعديل جوهري في المشروع الأصلي .

٤- والقاعدة المسلم بها في مصر وفي فرنسا ، أن المناقضين أو المزايدين يلتزمون بمجرد تقديم عطاءاتهم «des soumissions» ويجرى القضاء الادارى في فرنسا على احترام هذا المبدأ بنهاية الصرامة ، فهو لا يسمح للمناقض أو المزايد بأن يسحب عطاءه قبل البت فيه ولا أن يعدله^(١) . أما في مصر ، فان الأفراد يلتزمون بمجرد تقديمهم الى المناقصات أو المزايدات العامة ، ولقد قطعت في هذا الموضوع

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر في ٩ يوليو سنة ١٩١٩ فى قضية «Grandes» المجموعة ص ٦١١ ، وهو يقرر أن المناقص لا يستطيع أن يسحب عرضه قبل البت فيه .

«À partir de la remise ainsi prévue (des soumissions) les soumissionnaires sont définitivement engagés vis à vis de la commune, il suit de là que sieur G. ... n'est pas fondé à soutenir qu'ayant manifesté la volonté de retirer son offre, le contrat n'aurait pu se former faute du concours de consentement des parties».

المادة ٥٧ من اللائحة الجديدة ، والمقابلة للمادة ٣٩ من اللائحة الملغاة بقولها : « يبقى العطاء نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت تصديده بمعرفة مقدم العطاء بفض النظر عن ميعاد استلامه بمعرفة جهة الادارة حتى نهاية مدة سريان العطاء المعينة باستمارة العطاء المرافقة للشروط . واذا سحب مقدم العطاء عطائه قبل الميعاد المعين لفتح المظاريف ، فيصبح التأمين المؤقت المودع حقا لجهة الادارة دون حاجة الى اذار أو الالتجاء الى القضاء أو اتخاذ أية اجراءات أو اقامة الدليل على حصول ضرر (مادة ٥٨ من اللائحة الجديدة) »

وهكذا نرى أن المشرع المصرى يكون قد أقر المبدأين التاليين :

أولا - مبدأ التزام المتقدم بمطائه من لحظة تقديمه حتى لحظة البت فيه . ثانيا - جواز العدول عن العطاء مقابل فقد التأمين المؤقت بشرط أن يتم العدول قبل التاريخ المد لفتح المظاريف . وكانت اللائحة الملغاة تخول المناقصين صراحة حق خفض الأسعار قبل التاريخ المد لفتح المظاريف . وهو مبدأ يعمل به بلا حاجة الى نص . هذا وقد أفتت الجمعية العمومية لقسم الرأى فى ١٠ مارس سنة ١٩٦٥ (س ١٩ ، ص ٣٤٧) بأنه لا يجوز - وفقا للمادة ٣٩ من اللائحة الملغاة - لمقدم العطاء أن يزيد فى أسعاره ، ولو قبل فتح المظاريف « لأن هذه الحالة لا تندرج تحت أى من الاستثنائين المقررين على القاعدة . كما لا يجوز أن تقاس هذه الحالة على حالة العدول عن العطاء ، بمقولة ان التمديد برفع الأسعار ما هو الا عدول عن عطاء وتقديم لعطاء جديد . لأنه ليس ثمة نية للانسحاب كلية من المناقصة ، كما وأنه ليس هناك عطاءان مستقلان يمكن

= وجاء فى حكمه الصادر فى ٦ أكتوبر سنة ١٩٣٥ فى قضية *Dante Antoinet* (المجموعة ص ٩٣٩) أن المتقدم لا يستطيع أن يعدل فى عطائه أو أن يستبدل به غير :

« A partir de la remise ainsi prévue (des soumissions) les soumissionnaires sont définitivement engagés vis à vis de la commune : il suit de là que la dame A ... ne pouvait prétendre substituer une nouvelle soumission à celle qu'elle avait régulièrement déposée. »

فصل كل منهما عن الآخر ، بحيث يقال ان مقدم العطاء سحب الأول .
وقدم الثاني . ولو صحح ذلك جدلا ، لكان العطاء الثاني (المعدل)
غير مصحوب بتأمين مؤقت ، ولذلك لا يلتفت اليه ، ولا يجوز أن يقال
ان التأمين المؤقت المدفوع عن العطاء الأول قد انتقل الى العطاء
الثاني ، لأن الفرض أن العطاءين مستقلان ، وأن هذا التأمين قد
أصبح حقا لجهة الادارة بالعدول عن العطاء الأول » (١) .

٥ - ويجب على الادارة من ناحية أخرى أن تبت في العطاءات
خلال المدة المحددة لسريانها . وعند انقضاء مدة سريان العطاء ،
يجوز مقدمه استرداد التأمين المؤقت . وفي هذه الحالة يصبح العطاء
ملغيا ، وغير نافذ المفعول . فاذا لم يطلب ذلك اعتبر قابلا استمرار
الارتباط بعطائه الى أن يصل لجهة الادارة اخطار منه بسحب التأمين
وعدوله عن عطائه (المادة ٥٨ من اللائحة الجديدة) .

ومما يثار في هذا الصدد مسألة طلب الادارة مهلة جديدة
لنفاذ العطاءات : فاذا قبل المتقدمون كلهم أو بعضهم هذا المد ، فلا
صعوبة في الأمر ، اذ يلتزم القابلون بعطاءاتهم المدة الجديدة ،
ولا صعوبة في الأمر كذلك اذا رفض المتقدم نفاذ عطائه لمدة
اضافية .

ولكن الصعوبة تقوم عند التزام المتقدم جانب الصمت : فكيف
نفسر صمته ؟ لقد أفتى مجلس الدولة المصري في احدى فتاويه
القديمة نسبيا ، في ١٩٥١/١/٥ ، بأن الادارة اذا أرادت مد المدة ،
وأعلنت مقدم العطاء بذلك ، وحددت له مدة معينة لابتداء رأيه ،

(١) وقد حدث في حالة الفتوى أن عدل أحد المناقصين عطاوله بما يزيد من السعر
قبل فتح المظاريف ، وقبلت الادارة التعديل بناء على فتوى خاطئة من مجلس الدولة
بجواز ذلك . فانتهت الجمعية العمومية لقسم الرأى الى أن التماقد الذى تم « ينتج
اثره ، ويترتب عليه استحقاق التماقد المذكور لحقوله قبل جهة الادارة التماقد معها
على أساس سعر العطاء بعد تعديله بالزيادة . واذا تم الوفاء الى التماقد المذكور على
الأساس سالف الذكر ، فإنه لا يجوز لجهة الادارة التماقد مطالبته برد الفرق بين
أسعار العطاء قبل تعديله ، وأسعاره بعد التعديل » .

فالتزم موقفا سلبيا ، فان « هذا الموقف السلبي من جانب مقدم المطاء يجب أن يحمل على معنى القبول^(١) » ولكن محكمة القضاء الادارى قد اتخذت موقفا آخر فى حكمين لها نعرض لهما فيما يلى :

أولا - حكمها الصادر فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٥٢٥ لسنة ١٠ قضائية) وقد جاء فيه : « ومن حيث ان العقد الادارى ينمقد بايجاب وقبول متطابقين ، شأنه فى ذلك شأن سائر العقود . والايجاب فى حالة الشراء بالمناقصة يتقدم به صاحب انمطاء . أما القبول فانه يكون بصدر قرار من الجهة المختصة بابرام العقد باعتماد قرار ارسام المناقصة وخطر صاحب المطاء به . ولا يترتب عن القبول من جهة الادارة الآثار القانونية للعقد الا اذا وصل الى علم الموجب ، ذلك لأن التراضى ، وهو تطابق الارادتين - كركن من أركان العقد - يجب التمييز فيه بين وجود التعبير عن الارادة وجودا فعليا ووجوده وجودا قانونيا ، فالتعبير يكون له وجود فعلى بمجرد صدوره من صاحبه ، ولكن لا يكون له وجود قانونى الا اذا وصل الى علم من وجه اليه . والمبرة فى التعبير بوجوده القانونى لأن هذا الوجود هو الذى يترتب عليه الآثار القانونية للتعبير . وبطبيعة الحال يجب ابلاغ القبول الى صاحب المطاء خلال المدة التى يكون ايجابه فيها قائما حسبما تحددها شروط المناقصة . فاذا وصل الاخطار بقبول المطاء بمد هذه المدة ، فانه لا ينتج أثره القانونى اذ يتحلل الموجب من ايجابه بفوات الميعاد المتفق عليه ، الا أنه يجوز له رغم ذلك القبول المتأخر وعندئذ ينمقد العقد . »

« ومن حيث ان . . الاخطار بقبول المطاء لم يقع الا بعد ميعاد الشهر المحدد فى المطاء ، وبمد أن تحلل المدعى عليه من ايجابه ، ومن ثم فان القبول لا يعتبر أنه صادف ايجابا قائما ، بل هو ايجاب جديد من جانب الادارة ولم يثبت أن المدعى عليه قبله اذ لم يقم من

٤ - ٥ ص ٦٩ . (١) فتوى رقم ١١٨٧ فى ١٥/١/١٩٥١ ، مجموعة فتاوى المجلس ، السنة

جانبه بأى عمل لا صراحة ولا ضمنا يمكن اعتباره بمثابة قبول يتم به العقد رغم ما أرسله له السلاح من خطابات يستحثه فيها على تنفيذ العقد .

« ومن حيث انه لا اعتداد بما قد يقال من أن سلاح الأسلحة أرسل كتابا للمدعى عليه .٠٠ يطلب فيه مد سريان العطاء لمدة ١٥ يوما أخرى ، وأنه عند عدم الرد خلال خمسة أيام يعتبر موافقا على الامتداد ، لا اعتداد بذلك لأن المدعى عليه أنكر وصول هذا الخطاب اليه ، ولم تقدم الوزارة ما يدل على ارسال هذا الكتاب حقيقة الى المدعى أو أنه وصل قبل تاريخ انقضاء سريان عطائه .٠٠ » .

ثانيا - واذا كانت نهاية الحكم السابق غير قاطعة فى الموضوع ، فان حكم المحكمة الصادر فى ٥ يناير سنة ١٩٥٨^(١) ، يحسم المسألة بشكل قاطع ، اذ تقول المحكمة : « ومن حيث انه يتضح من الوقائع المتقدمة .٠٠ أن مدة سريان عطاء المدعى انتهت .٠٠ ولما أن كتبت له الكلية بعد ذلك الموافقة على مد المدة .٠٠ لم يرد المدعى على الكلية ، ومن ثم فان عطائه قد انتهى فى ١٩٤٩/٧/٨ وأصبح المدعى منذ ذلك التاريخ غير مرتبط مع الكلية بأى شيء ، ولا يمكن الاستناد الى سبق موافقته على مد المدة فى المرة الأولى .٠٠ للقول بقبول مد العطاء مدة أخرى تالية . ومن ثم فتكون الكلية على غير حق اذ اعتبرت المدعى مرتبطا بعطائه ، وتبعا لذلك تكون غير محقة اذا طبقت عليه شروط العقد » .

ولكن هذا القضاء يخالف صريح نص المادة ٣٩ من اللائحة والتي تقول : « .٠٠ وعند انقضاء مدة سريان العطاء يجوز لمقدمه استرداد التأمين المؤقت ، وفى هذه الحالة يصبح العطاء ملغى وغير نافذ المفعول ، فاذا لم يطلب ، اعتبر قابلا استمرار الارتباط بعطائه الى أن يصل المصلحة أو السلاح أو الوزارة اخطار منه بسحبه

(١) القضية رقم ١١٣٨ لسنة ١٠ قضائية . السيد أحمد حسن على ضد وزارة التربية والتعليم وجامعة الاسكندرية .

التأمين المؤقت وعدوله عن عطائه » . فهذه المادة قد وضعت قرينة على أن عدم سحب التأمين المؤقت يعتبر بمثابة الموافقة على قبول امتداد نفاذ العطاء . ونقد علقنا على هذا في الطبعة الثانية من هذا المؤلف (ص ٢٥٥) بقولنا : « ولكن هذه القرينة بسيطة ، لم تغلق الباب نهائيا ، إذ سمحت للمتقدم بأن يسحب التأمين في أى وقت قبل ارساء المناقصة في المدة الجديدة . ولما كان المفروض علم الأفراد بحكم هذه المادة ، فإن ترك المتقدم لتأمينه يمكن اعتباره قرينة على سريان عطائه خلال المدة الجديدة . ولكن هذه القرينة ذات حدين ، فهي تقيد الادارة أيضا ، بحيث لا يمكنها استبعاد عطاء بحجة أن صاحبه لم يقبل صراحة المدة الجديدة ، ما دام قد ترك التأمين المؤقت . وهذا الحل الوسط مقبول ، ولا يحول - فى نظرنا - بين الأفراد وبين تضمين عطاءاتهم شرطا صريحا يرفضون بمقتضاه بقاء عطاءاتهم نافذة المفعول مددا جديدة الا بقبول صريح من جانبهم » . وبهذا المسلك أخذت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٤ يونية سنة ١٩٦٩ (س ١٤ ، ص ٧٧٨) فى قضية تتلخص ظروفها فيما يلى : قيد أحد المناقصين عطاءة بمدة أسبوع من تاريخ فتح المظاريف . وانقضى الميعاد الذى حدده دون أن يتقدم لاسترداد التأمين المؤقت ، فأرست عليه الادارة العطاء ، فى ذات اليوم الذى ذهب فيه لاسترداد التأمين المؤقت ، فقضت كل من محكمة القضاء الادارى ، والمحكمة الادارية العليا بأنه ملزم بعطائه استنادا الى المادة ٣٩ من لائحة المناقصات والمزايدات التى تقضى بأن عدم استرداد التأمين المؤقت يعتبر قرينة على الموافقة على مد المدة ، وتظل المدة ممتدة الى أن يصل الوزارة ما يدل على المدول .

ولقد حسمت المادة ٥٨ من اللائحة الجديدة هذا الموضوع ، آخذة بوجهة النظر التى أبديناها ، إذ قررت التزام المناقص الذى لم يتقدم لسحب التأمين المؤقت بعطائه « الى أن يصل لجهة الادارة اخطار منه بسحب التأمين المؤقت وعدوله عن عطائه » .

المبحث الثاني

فحص العطاءات وارساء المزااد (أو المناقصة)

سبق أن ذكرنا أن التعاقد عن طريق المناقصة أو المزايدة يتم على مراحل ثلاث : الأولى التقدم بالعطاءات من جانب الأفراد ، والثانية فحص العطاءات وارساء المزااد ، والثالثة ابرام العقد . ولقد انتهينا فيما سبق من دراسة المرحلة الأولى . أما المرحلة الثانية فهي مرحلة تمهيدية ، تستهدف اختيار أفضل المتقدمين وفقا لنوع المناقصة (أو المزايدة) على التفصيل السابق . ويقوم بهذه العملية وفقا للمادة ١٢ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ (والتي تقابل المادة الثانية من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤) لجنتان هما لجنة فتح المظاريف ، ولجنة البت ، فقد نصت تلك المادة على أنه « يكون البت في المناقصة بأنواعها عن طريق لجنتين ، تقوم احدهما بفتح المظاريف والأخرى بالبت في المناقصة » وتبسيطا للاجراءات فان المشرع في القانون الجديد ، اكتفى بلجنة واحدة بالنسبة للمناقصات والمزايدات قليلة القيمة ، حيث تقرر الفقرة الثانية من المادة ١٢ من القانون الجديد ، أنه « بالنسبة للمناقصات التي تقل قيمتها عن خمسة آلاف جنيه ، فيكون فتح مظاريفها والبت فيها عن طريق لجنة واحدة » .

وقد أحالت المادة ١٣ فيما يتصل بتشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت الى قرار يصدر من السلطة المختصة ، على أن يراعى في تشكيلها أهمية وقيمة التعاقد « على أن تضم تلك اللجان عناصر فنية ومالية وقانونية » وزادت على ذلك نصها على وجوب « أن تمثل وزارة المالية بمن تنيبه في لجان البت اذا زادت القيمة التقديرية للمناقصة على خمسين ألف جنيه ، وأن يشترك في عضويتها عضو من ادارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة متى زادت القيمة على ثلاثمائة ألف جنيه . ولا يكون انعقاد لجنة البت صحيحا الا بحضور مندوب عن وزارة المالية أو مندوب عن وزارة المالية وعضو من ادارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة حسب الأحوال » .

وفيما يلي نعرض للأحكام الخاصة بلجان فتح المظاريف ولجان
البت .

الفرع الأول لجنة فتح المظاريف

١ - ووفقا للمادة ١٨ من اللائحة الجديدة ، « يكون تشكيل لجنة فتح المظاريف بقرار من رئيس الادارة المركزية برئاسة موظف تتناسب وظيفته ودرجته مع أهمية المناقصة وعضوية مدير القسم المختص ، وموظف فنى بالنسبة الى مقاولات الأعمال وعضوية مدير المشتريات أو نائبه بالنسبة الى المشتريات ، ويعضد اللجنة مندوب ادارة الحسابات ليتسلم التأمينات ، ويجوز أن ينص القرار على ضم موظف آخر أو أكثر الى عضوية اللجنة » .

ويجب بطبيعة الحال أن تجتمع اللجنة بالتشكيل المقرر فى الأمر الصادر بتشكيلها ، والا كان اجتماعها باطلا ، وقراراتها باطلة بالتبعية . ومهمة اللجنة - كما هو واضح من تسميتها - تنحصر فى فتح مظاريف العطاءات المقدمة ، تمهيدا لفحص العطاءات والتأكد من مطابقتها للشروط المعلن عنها ، واستبعاد العطاءات التى لا تستوفى الشروط لسبب أو لآخر : اما لطبيعة المناقصة أو للشروط المطلوبة فى المتقدمين الى المناقصات العامة ، وعلى التفصيل الذى سبق أن أوردناه .

٢ - وقد تضمنت لائحة المناقصات والمزايدات تنظيم اجراءات فتح المظاريف على النحو التالى :

أولا - يتمين قبل موعد اجتماع لجنة فتح المظاريف ندب موظف ليتسلم العطاءات التى وردت الى قسم الوارد والى القسم المختص ووضعها بداخل صندوق العطاءات الموجود بكل جهة ادارية والذى يعد بطريقة لا تسمح باخراج أى شئ من محتوياته ويكون له قفلان

يحفظ مفتاح أحدهما لدى رئيس الجهة أو من ينيبه والثاني لدى مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص .

كما يجب على قسم الوارد القيام بالتسليم الفوري لما يرد اليه من عطايات ، الى لجنة فتح المظاريف صباح اليوم المحدد لفتح اظاريف وحتى الساعة الثانية عشرة ظهرا موعد فتح المظاريف فى جميع الجهات الادارية (مادة ١٩) .

ثانيا - يقوم رئيس لجنة فتح المظاريف بفتح صندوق العطايات فى الساعة الثانية ظهرا فى اليوم المين لفتح المظاريف كأخر موعد لتقديم العطايات ، وعليه اتخاذ ما يأتى :

١ - اثبات الحالة التى وردت عليها العطايات بعد التحقق من سلامة الاختام .

٢ - اثبات عدد المظاريف فى محضر فتح المظاريف .

٣ - فض العطايات بالتتابع ، وكل عطاء يفتح مطروفه يضع رئيس اللجنة عليه وعلى مطروفه رقما مسلسلا على هيئة كسر اعتيادى بسلطه رقم العطاء .

٤ - ترقيم الاوراق المكون منها العطاء واثبات عدد تلك الاوراق .

٥ - قراءة اسم مقدم العطاء والاسمار وجملته العطاء على الحاضرين من مقدسى العطايات أو مندوبيهم .

٦ - اثبات جملة العطايات بالتفقيط وقيمة التأمين المؤقت المقدم .

٧ - التوقيع منه ومن اعضاء اللجنة على العطاء ومطروفه وكل ورقة على أن تثبت هذه البيانات فى السجل المدد لذلك .

٨ - التأشير بدائرة حمراء حول كل كشط أو تصحيح مع وضع خط افقى قرين كل صنف لم يوضع له سمر بالعطاء والتأشير عليه (م - ١٩ المقود الادارية)

ويجب اثبات كل كشف أو تصحيح وضع حوله دائرة حمراء بمحضر لجنة فتح المظاريف مع بيان ما بداخل الدائرة الحمراء تفصيلا .

٩ - تفقيط الأرقام الغير مفقطة بالخبر الأحمر .

١٠ - التوقيع منه ومن أعضاء اللجنة على جميع هذه التأشيرات .

١١ - التوقيع منه ومن جميع أعضاء اللجنة على محضر اللجنة بعد اثبات كافة الخطوات المتقدمة .

١٢ - تسليم التأمينات لمندوب الحسابات بعد توقيعه بالاستلام على محضر فتح المظاريف كما يوقع رئيس الحسابات فى نفس اليوم أو فى اليوم التالى على الأكثر بما يفيد مراجعته للتأمينات الواردة بها وبأنها قيدت بالحساب المختص .

١٣ - أرفاق المطامات وجميع الأوراق الخاصة بها والمظاريف التى وردت فيها بمحضر اللجنة وتسليمها لمدير المشتريات أو نائبه أو لرئيس القسم المختص وذلك لحفظها فى خزانة مقفلة .

١٤ - مراجعة العيّنات المقدمة من مقدمى المطامات على الكشف الذى دونت به هذه العيّنات عند ورودها بعد التأكد من سلامة اختامها وغلافاتها ، ويوقعها رئيس اللجنة مع جميع أعضائها كما يقومون على العيّنات التى ترد داخل مظاريف المطامات بعد اثباتها فى كشف خاص ، وتسليم العيّنات جميعا الى مدير المشتريات أو نائبة أو رئيس القسم المختص حسب الحال أسوة بأوراق المطامات .

١٥ - يجب ان تتم اللجنة عملها بأكمله فى الجلسة ذاتها .

ثالثا - لا يلتفت الى أى عطاء أو تعديل فيه يرد بعد الموعد المعين لفتح المظاريف ولو كان مرسلا من مقدم المطام فى تاريخ سابق لفتح المظاريف ، على أن يراعى تقديمه فور وصوله الى رئيس اللجنة لفحصه والتأشير عليه بساعة وتاريخ وروده ثم يدرج فى كشف المطامات المتأخرة ، ومع ذلك يجوز للوزير المختص بعد موافقة لجنة

البت النظر فى التجاوز عن التأخير فى الحالات التى ترد فيها
المطامات المرسله بطريق البريد قبل انتهاء لجنة فتح المظاريف من
عملها وبشرط أن يكون التأخير لأسباب خارجة عن ارادة صاحب
المطام وأن يكون العرض المتأخر فى صالح الخزانة . اما اذا ورد
المطام بعد انقضاء لجنة فتح المظاريف فلا يجوز قبوله . وفى جميع
الأحوال يعمل بأى خفض فى الأسعار الواردة بالمطام يصل للجنة
قبل انتهاء الميعاد المحدد لفتح المظاريف (مادة ٢١) .

رابعا - تتولى ادارة المشتريات أو القسم المختص فرز عينات كل
صنف وقيدها بالسجل الخاص بالمينات ، ويجب أن يبين بهذا السجل
تاريخ المناقصة ونوعها . وعلى مدير المشتريات أو رئيس القسم ان
يرسل فوراً أو فى خلال اليومين التاليين على الأكثر لتاريخ فتح
المظاريف ما يقتضى ارساله منها الى المعمل الفنى الحكومى أو الى الجهة
المختصة حتى يتسنى اجراء التحليل المطلوب على وجه السرعة ، وعند
ورود التقارير الخاصة بها تدون جميع البيانات بالسجل المذكور امام
كل عينة ليمرض على لجنة البت (مادة ٢٢) .

خامسا - العينات المقدمة مع المطامات التى لا يمكن بحسب
طبيعتها التحقق من مطابقتها للمواصفات أو العينات النموذجية
بالمائة البسيطة يجب ارسالها الى المعمل الفنى الحكومة المختص أو
الى الجهة الفنية المختصة لفحصها واختبارها اذا كانت قيمة الصنف
الواحد تزيد على ألفى جنيه - ويعتبر الصنف واحداً ولو اختلفت
أوزان أو مقاسات واللوان وحداته - وعلى مدير المشتريات أو رئيس
القسم المختص أن يضع عليها ارقاما سرية (مع مراعاة تعليمات
الجهة الفاحصة) ويرسل معها كشفا تفصيليا ببيان مفرداتها والفرض
الذى من أجله يراد شراء الصنف ومقدار الكمية المطلوبة وثمنها ، على
أن يراعى ترتيبها فى الكشف ترتيبا تصاعديا على أساس الأسعار
المقدمة ، ويجب توضيح ما قد يوضع عليها من أرقام سرية واختام
وتوقيعات لتمييزها ولضمان عدم استبدال غيرها بها ، ومع ذكر

التاريخ المعين للبت فى المناقصة وذلك لكى تقوم الجهة الفاحصة بفحصها وموافاة الجهة المختصة بنتيجة الفص قبل التاريخ المذكور بوقت كاف يسمح بفحص المطاوعات على ضوء تقرير الممثل عن العينات ورفع التوصيات اللازمة للجنة البت فى المناقصة فى الميعاد المحدد . وعلى جهة الفحص الفنى ان تقوم بفحص العينات واختيارها بالتتابع وأن تختتمها وتضع عليها أرقاما سرية أخرى لتمييزها وترسل عنها تقريراً وافياً بالنتيجة يبين به نسبة الجودة مئوية لكل عينة تم تحليلها وذلك للوصول الى أرخص عطاء يثبت من التحليل ان العينة المقدمة منه تتفق والمواصفات ، وعلى مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص ان يتحقق من حفظ تقارير الممثل الفنى التى ترد تباعاً بملفات المناقصات بعد اثباتها فى السجل الخاص بذلك وقبل عرضها على لجنة الفحص وكذلك التأشير امام كل تقرير برقم الملف المحفوظة فيه (مادة ٢٣) .

سادساً - يكلف موظف مسئول أو أكثر بمراجعة المطاوعات قبل تفريغها مراجعة حسابية تفصيلية والتوقيع عليها بما يفيد هذه المراجعة . وإذا وجد اختلاف بين سعر الوحدة وإجمالي سعر الوحدات يعمل على سعر الوحدة ويؤخذ بالسعر المبين بالتفقيط فى حالة وجود اختلافات بينه وبين السعر المبين بالأرقام . وتكون نتيجة هذه المراجعة هى الأساس الذى يعمل عليه فى تحديد قيمة العطاء وترتيبه (مادة ٢٤) .

سابعاً - اذا شكأ مقدم العطاء من حصول خطأ مادى فى عطاءه فيكون الفصل فى الشكوى من اختصاص لجنة البت والوزير المختص بعد استطلاع رأى الجهة المختصة فى مجلس الدولة اذا اقتضى الأمر ذلك (مادة ٢٥) .

ثامناً - يكلف مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص موظفاً أو أكثر تحت إشرافه بتفريغ المطاوعات على الاستمارة المعدة لذلك من ثلاث صور ، وعليه ان يعيد ايداعها فى آخر كل يوم فى الخزنة

المقفلة لحين الانتهاء من التفريغ وتدوين جميع ملاحظات واشتراطات مقدمي العطاءات التي تخالف اشتراطات جهة الادارة . ويجب ان تتم هذه العملية فى اقل وقت ممكن حتى يتسنى البت فى المناقصة قبل انقضاء مدة سريان العطاءات ، كما يجب أن يؤثر على الكشف برقم وقيمة اعتماد البند المختص فى الموازنة . وتعمل مطابقة على كشفوف التفريغ من اثنين من المراجعين ، وتوقع بما يفيد هذه المطابقة ثم تقدم الى لجنة البت (مادة ٢٦) .

٣- وهكذا نرى أن دور لجنة فتح المظاريف هو دور اعدادى ، وبالتالي فان اختصاصها مقيد . ولكنها مع ذلك تتمتع باختصاص نهائى فى بعض الحالات ، لأن من حقها أن تستبعد - كما ذكرنا - كل عطاء لا يكون مستوفيا للشروط المطلوبة ، مثل تقديم العطاء فى الميعاد ، وعلى النماذج المعدة لذلك، وتقديم البيانات المطلوبة ، وعدم الكشف أو المحو فى جداول الفئات ، وايداع التأمين المؤقت . هذا من ناحية العطاء فى ذاته . ولها أيضا أن تتأكد من أن مقدم العطاء غير محروم من الاشتراك فى المناقصة العامة للأسباب التى سبق ذكرها . وممارسة اللجنة لهذه الاختصاصات انما يتم بقرارات ادارية يجوز الطعن فيها أمام القضاء الادارى، وللقضاء رقابة اللجنة فى ممارستها للاختصاص السابق .

الفرع الثانى

لجنة البت فى العطاءات

١ - تشكل لجان البت فى العطاءات - وفقا للمادة ٢٧ من اللائحة الجديدة - بقرار من سلطة الاعتماد المختصة برئاسة رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص أو من يندبه . وعضوية مدير ادارة المشتريات ومندوب فنى أو أكثر من داخلها أو خارجها مع ذوى الخبرة فى الاصناف أو الأعمال المطلوب توريدها أو تنفيذها وممثل للادارة المالية والادارة القانونية بالجهة الادارية على ان تتناسب وظائف الاعضاء وخبراتهم مع أهمية موضوع التعاقد .

وعلى ان يمثل وزارة المالية فى لجان البت المديرون المالىون بالمحافظات أو المراقبون المالىون بالوزارات أو من يندبه كل منهم • وبالنسبة لغيرها من الجهات فيكون تمثيل وزارة المالية بمن تندبه لذلك على ان يمثل مجلس الدولة أحد أعضاء ادارة الفتوى المختصة يندبه رئيسها فى الحدود المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات •

٢ - ومهمة هذه اللجنة ، اتمام الاجراءات ، بقصد الوصول الى تعيين أفضل المناقصين أو المزايدين حسب القانون • وقد حددت اختصاصات هذه اللجنة فى القانون ولائحته على النحو التالى :

أولاً : تبدأ اللجنة عملها بالتأكد من مطابقة كشوف التفريغ للمطامات ذاتها • وعليها أن تفحص المينات والفئات وتقارنها بعضها ببعض • ويجب أن تبين اللجنة بالتفصيل الكافى ، على كشف تفريغ المطامات ، أوجه النقص والمخالفة للشروط والمواصفات فى المطامات التى رأت عدم الأخذ بها • وعلى اللجنة تدوين مناقشاتها فى محضر يثبت فى سجل خاص ، وترافق أوراق المناقصة صورة من المحضر مؤشرا عليها من رئيس اللجنة بما يفيد مطابقتها للأصل • وللجنة البت - طبقا لحكم المحكمة الادارية العليا الصادرة فى ٥ مايو سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٧٧٩) أن تصحح الأخطاء المادية فى المطامات ، قبل أن تصدر رأيها فى الموضوع • فقد حدث فى ظروف الدعوى التى صدر الحكم بخصوصها ، أن وقع خطأ واضح فى كتابة سمر صنف من الأصناف ، ولم يكشف أمره الا بعد فتح المظاريف • فلما تقدم صاحب الشأن بشكواه أهملتها لجنة البت ••• لا لأن الادعاء غير صحيح ، وانما لأنها قدمت بعد فتح المظاريف ، واعلان الأسعار • ولما كانت المحكمة تستخلص من أوراق الطعن ومن استعراض دفاع الطرفين أن الشركة قد وقعت فى خطأ مادى عند تدوين الرقم الذى قبلت أن تورد الكيس رقم ٦ على أساسه ، فسقط عند التدوين رقم الجنية ، ولا يمكن أن ينصرف هذا الخطأ الى سوم فى تقدير السمر عند

وضمه لأن سوء التقدير لا يمكن أن يصل الى حد اعطاء سعر هو دون التكلفة بكثير . . . ومثل هذا الخطأ المادى ليس له من عاصم من واقع القانون ، لأن الممنوع هو الادعاء بخطأ فى تقدير ظروف التوريد وشروطه أو فى المادة المطلوب توريدها ، وذلك بعد اعلان الأسعار . وأما الخطأ الذى مرده الى سقطات القلم عند الكتابة ، فليس فى نصوص القانون ما يمنع تصحيحه . وكان يجب على لجنة البت أن تقوم هى بالتصحيح قبل تصويب المطام ، كما يقضى القانون بذلك ، لأن المطام على هذه الصورة يحتوى على أخطاء حسائية نتيجة لعدم احتساب الجنية الذى أغفل وضمه خطأ فى الخانة المدة له . وبناء على ذلك ، فإن امتناع لجنة البت عن التصحيح ، وقبول عطام الشركة المدعية بوصفه أقل المطامات المقدمة سعرا لا يغير من الأمر شيئا بعد التصحيح لأن سعرها مع ذلك يظل دون الأسعار الأخرى المقدمة . . . »

ثانيا : يجب عند البت فى المطامات أن تسترشد اللجنة بالأثمان الأخيرة السابق التعامل بها محليا أو خارجيا ، ويجب بيان هذه الأثمان بكشف التفريغ مع ذكر تاريخ التعامل ، كما يجب الاسترشاد أيضا بأسعار السوق . ويقع على عاتق إدارة المشتريات مسئولية الحصول على هذه الأسعار . وعلى اللجنة اذا رأت الفاء المناقصة واعادتها لارتفاع الأسعار أن يكون ذلك بقرار مسبب تفصيلا ، وأن ترافق أوراق المناقصة الملفاة أوراق المناقصة الجديدة (مادة ٢٩ من اللائحة الجديدة) .

ثالثا : يجب أن تحسب جميع الأسعار على قاعدة واحدة وهى قاعدة تسليم الأصناف بمخازن الجهة الادارية خالصة جميع المصروفات والرسوم مع مراعاة أسعار النقد الأجنبى ومصاريف تحويل العملة وغيرها حتى يمكن عمل مقارنة دقيقة بين المطامات .

٣ - اذا ما انتهت اللجنة من تحقيق الشروط السابقة واستبعدت ما ترى استبعاده لسبب أو لآخر ، فإن عليها أن تنتهى الى

نتيجة ، وهى ترتيب المعطامات المستوفية للشروط ترتيبا تصاعديا وفقا للأسعار ، وهنا قد تنتهى اللجنة الى وضع من الأوضاع التالية :

أولا - قد توصى بإرساء المعطام : على صاحب أقل سعر أو أعلاه بحسب الظروف . وهذا هو الأصل الذى نصت عليه المادة ١٨ من القانون حيث توجب ارساء المناقصة (أو المزايدة) على صاحب المعطام الأفضل شروطا والأقل سعرا . على أن المشرع قد أورد استثناء من هذا الأصل حيث نص على اعتبار المعطام المقدم عن توريدات من الانتاج المحلى أو عن أعمال أو خدمات تتقدم بها جهات مصرية أقل سعرا اذا لم تتجاوز الزيادة فيه ١٥٪ من قيمة أقل عطام أجنبى » ولا يجوز الخروج على حكم هذه الفقرة الا فى حالات الضرورة القصوى التى تقتضيها المصلحة العامة ، وبموافقة وزير المالية . »

وهذا هو ما يعرف بألية المناقصة . والأصل أن على اللجنة أن تحكم على المعطامات كما قدمت ، فالمادة ١٦ من القانون الجديد (والمقابلة للمادة الرابعة من القانون الملغى) تنص صراحة على أنه « لا يجوز بعد فتح المظاريف الدخول فى مفاوضة مع أحد مقدمى المعطامات فى شأن تمديد عطاءه » . واعمالا لهذه المبادئ أفتى مجلس الدولة (فى ٢ يوليو سنة ١٩٥٧ ، السنة ١١ ص ٤٨٣) بأنه :

(١) يقفل باب المنافسة بين المقاولين فى مناقصة ما بحلول ميعاد فتح المظاريف . فاذا قدم أحد المقاولين عطام بعد الميعاد المذكور ، يعتبر عطاؤه غير قانونى ، ولا يجوز قبوله ، ولو كان أنسب المعطامات السابقة . وذلك ضمانا لسرية المنافسة فى الأسعار والشروط التى يتقدم بها كل منهم ، وتحقيقا للغرض الذى جعلت من أجله المناقصات بمظاريف مغلقة ، حتى يتقدم كل مقاول بشروطه الخاصة مستوحيا فى ذلك قدرته الفنية وامكانياته الخاصة فى العمل ، دون ما اضطراب الى منافسة يكون القصد منها ابعاد المنافسين الآخرين بأى ثمن ، ودون نظر الى حقيقة امكانياته وقدرته على التنفيذ المبنيين على

أصول فنية سليمة فيما لو تمت المناقصة بموجب مظاريف مفتوحة مما يؤثر على سلامة العمل المطلوب تنفيذه . . . » .

(ب) بحلول ميعاد فتح المظاريف ، يتحدد مركز كل من أصحاب المطاعات بالنسبة للآخر ، وبالنسبة للجهة المقدم اليها المطاء ، فلا يجوز العبث بهذه المراكز باتفاق لاحق لميعاد الفتح يكون من شأنه تعديل هذا المركز ، والا أهدرت المراكز القانونية التي اكتسبها كل منهم بحلول الميعاد المنوء عنه . ولكن المادة ١٦ من القانون الجديد (والمقابلة للمادة الرابعة من القانون الملغى) قد منحت لجنة البت الحق فى مفاوضة مقدمى المطاعات - بعد فتح المظاريف - فى حالتين :

الحالة الأولى : يجوز للجنة البت مفاوضة مقدم المطاء الأقل ، المقترن بتحفظ أو بتحفظات للنزول عن كل تحفظاته أو بعضها بما يجعل عطاء متفقا مع شروط المناقصة بقدر الامكان .

الحالة الثانية : يجوز للجنة البت مفاوضة صاحب المطاء الأقل غير المقترن بتحفظات للنزول بسمره الى مستوى أسعار السوق .

وتجرى المفاوضة فى الحالتين المشار اليهما من السلطة المختصة . وقد فسرت محكمة القضاء الادارى حالتى المفاوضة المشار اليهما فيما سبق فى ظل القانون الملغى ، بما يستبعد حق الادارة فى مناقشة الأسعار المقدمة ، وذلك فى حكمها الصادر فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ١٧٥٣ لسنة ١٠ قضائية) حيث تقول :

« ومن حيث انه يبين من النص سالف الذكر (المادة ٤ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤) أن المفاوضة مع مقدمى المطاعات تتم فى حالتين : الأولى : حالة ما اذا كان المطاء الأقل مقترنا بتحفظ أو تحفظات وكان أقل عطاء غير مقترن بشئ من ذلك تزيد قيمته الرقمية كثيرا على المطاء المقترن بتحفظات . والثانية : حالة ما اذا كانت المطاعات كلها مقترنة بتحفظات أو كانت كلها غير مقترنة بشئ منها وكان المطاء الأقل يزيد على القيمة السوقية ولم يتقرر الغاء المناقصة لهذا السبب . »

« ومن حيث انه مما يجب التنبيه اليه بادىء ذى بدء أن المفاوضة مع مقدمى المطامات لا يمكن أن تحصل الا بالنسبة للتحفظات الواردة على شروط المناقصة ، وأنها لا يمكن أن تتناول فئات الأسعار ، اذ أن الأخذ بفكرة المفاوضة فى فئات الأسعار لا يتفق والقانون ، فضلا عما ينطوى عليه من اضافة حكم لم يرد به ، ومجاافته للمبادئ العامة للمناقصات التى تقوم أصلا على المفاضلات بين المطامات من حيث الأسعار وارساء المناقصة على مقدم أقل عطاء ، وبذلك تنهيا الفرصة لجميع المشتركين فى المنافسة ليتساووا فى المعاملة . ومن ثم فانه يجب أن يكون مفهوما أن ما تضمنته الفقرة الثانية من المادة الرابعة سائلة الذكر من الترخيص للادارة بالتفاوض ولو كانت كل المطامات غير مقترنة بتحفظات ، مقصود به أن تكون المطامات كلها - فيما عدا المطام الأقل - قد وردت خالية من أى تحفظ ، ولذلك تقع المفاوضة مع مقدم أقل عطاء مصحوب بتحفظات فى حدود ما رسمه القانون ، والا لما كان هناك محل لهذه الفقرة كلية به . ولما كان صاحب أقل عطاء - ما لم يستبعد - هو فى الأصل صاحب الحق فى ارساء المناقصة عليه ، اذا كان عطاؤه مناسباً ، فانه ليس لجهة الادارة أن تترك عطائه لمجرد أنه مقترن بتحفظات ، ثم تتفاوض مع مقدم المطام الذى يليه غير المقترن بتحفظات بل تجرى المفاوضة مع صاحب أقل عطاء مقترن بتحفظات لينزل عن كل تحفظاته أو بعضها بما يجعل عطائه متفقا وشروط المناقصة . ولا ضير فى هذا الاجراء على اصحاب المطامات الأخرى ، ولا يخل بالمساواة الواجبة بالنسبة اليهم ، كما أن المفاوضة فى هذه الصورة مع مقدم المطام غير المقترن بتحفظات معناه أن مفاوضته ستكون بقصد تعديل فئات الأسعار ، وهو أمر غير جائز كما سبق البيان . أما فى حالة ما اذا كانت المطامات كلها مقترنة بتحفظات فانه يتعين من باب أولى البدء بالمفاوضة مع صاحب أقل عطاء - فاذا رفض ، فيجوز التفاوض مع من يليه ، بحيث لا تجرى مفاوضة فى التعديل مع صاحب عطاء الا اذا رفض هذا التعديل جميع مقدمى المطامات الأقل منه . » .

ثم استطلردت المحكمة قائلة : « ٠٠٠ لكل مناقص الحق فى أن يضمّن عطاءه ما يشاء من تحفظات واشتراطات خاصة تختلف عما تشترطه الإدارة ، وهذا الحق مقرر لكل صاحب عطاء ، وقد أشير إليه فى كل من اللائحة والمادة ٤ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ ٠٠٠ ومتى كان الأمر كذلك فإن المفاوضة التى تنتهى الى نزول المناقص عن كل أو بعض تحفظاته - فى الأحوال التى تجوز فيها هذه المفاوضة - وقبول جهة الإدارة هذه النتيجة - لا يمكن اعتباره تعديلا لاحقا لأسعار العطاء ٠٠٠ اذ أن المفاوضة لا تتناول فئات الأسعار بالتعديل ، بل تهدف الى جعل العطاء متفقا مع شروط المناقصة بقدر الامكان ، وبما لا يدع مجالا للشك فى أن العطاء موضوع المناقصة هو أصلح العطاءات ٠٠٠ » .

وهذا الحكم يتمشى مع المبادئ الأساسية التى تحكم المناقصة العامة ، وان كانت حرفية الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون الملغى لا تطابق هذا التفسير .

ثانيا : تجزئة مقادير العطاء : اذا تساوت الأثمان بين عطاءين أو أكثر ، يجوز تجزئة المقادير المعلن عنها بين مقدميهما اذا كان ذلك فى صالح العمل . كما يجوز تجزئتها أيضا اذا كان مقدم العطاء الأقل سعرا يشترط مددا بميدة للتوريد لا تتناسب وحالة العمل بالجهة الإدارية ، فيمكن علاجها لهذه الحالة أن تشتري الإدارة ، من أنسب العطاءات التالية ، أقل كمية تلزم لتموين المخازن فى الفترة الواقعة بين تاريخي التوريد . وعلى اللجنة فى هذه الحالة أن تثبت فى تقريرها الباقي الموجود بالمخزن من الصنف ومتوسط الاستهلاك (المادة ٦٦ من اللائحة الجديدة والمقابلة للمادة ٧٠ من اللائحة الملغاة) .

والتجزئة فى الحالات السابقة تفترض أن موضوع المناقصة أو المزايدة قابل للتجزئة . فاذا لم يكن كذلك فلا محل للتجزئة ، وحينئذ يمتنع على اللجنة أن تختار المناقص الأصلح من بين المناقصين الذين يتساوون فى أقل عطاء . ولها أن تسترشد فى التمييز بينهم بالقواعد

التي يضعها المشرع ، مثل تفضيل المصنوعات المصرية ، أو الكفاة الشخصية للمتقدمين ، أو رعاية المصريين • فإذا عجزت فلا مناص من الالتجاء الى القرعة اعمالا للمساواة التامة بين المناقصين^(١) •

هذا وننبه الى حكم المادة ٣٩ من القانون الجديد ، والتي تحرم اللجوء الى تجزئة المشتريات أو الأعمال أو الخدمات بقصد التحايل لتفادى الاجراءات أو الضوابط أو الضمانات أو الشروط المقررة بأحكام القانون •

ثالثا : الاستثناء عن المناقصة : نصت المادة ٣٤ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ (والمقابلة للمادة ٧ من القانون رقم ٢٦٧ لسنة ١٩٥٤ الملغى) على إلغاء المناقصة في حالة ، وجواز الاستثناء عنها في حالتين :

الحالة الأولى : تلغى المزايدة بعد النشر عنها أو الدعوة اليها وقبل البت فيها ، اذا استغنى عن البيع أو التأجير نهائيا أو اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك •

الحالة الثانية : يجوز إلغاء المزايدة في حالتين هما :

١ - اذا لم يتقدم في المزايدة سوى عرض وحيد مستوف للشروط • ٢ - اذا لم تصل نتيجة المزايدة الى الشئ الاساسي •

وقد أوجب المشرع - في جميع الحالات - أن يصدر قرار إلغاء المزايدة مسببا من السلطة المختصة •

وواضح أن اللجنة لن توصي في بعض الحالات السابقة بإلغاء المناقصة الا اذا لم تر المفاوضة مع مقدمي المطاوعات على النحو

(١) هذا ولقد جاء في فتوى المجلس الصادرة في ٧ يوليو سنة ١٩٥٧ (سبقت) أن وزارة الأشغال اذا كانت قد اشترطت عدم تجزئة الأعمال المتعلقة بالخرسانة والأشغال المدنية الخاصة بانشاء كوبرين ملاحيين ، فانه لا يجوز لها بعد ذلك أن تفصل بين نوعي الأعمال المنوه عنهما • ولكن يجوز أن تتقدم في المناقصة عدة مقاولين متضامنين لتنفيذ العملية مما ككل لا يتجزأ •

الذى شرحناه فيما سلف . هذا وقد ذهبت محكمة القضاء الادارى الى أن رأى لجنة البت فى هذه الحالات هو رأى استشارى^(١) .
على أن المادة قد أوردت حالة جديدة بالعناية وهى حالة العطاء الوحيد ، نستعرض أحكامه فيما يلى :

والعطاء الوحيد : أما أن يكون كذلك لأن مزايدا واحدا هو الذى تقدم ، واما أنه أصبح كذلك نظرا لاستبعاد باقى العطاءات لمخالفتها للشروط ، وحينئذ تفقد المناقصة أو المزايدة جوهرها الذى يقوم على المنافسة . ومن ثم فإن الأصل أن تلتفى المناقصة فى هذه الحالة لاعادة طرحها من جديد . وهو ما نصت عليه صراحة الفقرة (١) من المادة ٣٤ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ كما رأينا .

(١) جاء فى حكمها الصادر فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٦ قولها : « لا وجه للتحدى فى هذا الصدد بأن (الغاء المناقصة) لم يحصل بناء على رأى لجنة البت طبقا للفقرة الأخيرة من المادة السابعة من القانون (رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤) لأن القانون لم يشترط موافقة لجنة البت على الالغاء ، بل اكتفى بأخذ رأيها ، أى أن رأيها استشارى ولا يلزم الجهة المختصة بالالغاء . الأمر الذى يدل على أن الاجراء الشكلى الخاص بلجنة البت عند الغاء المناقصة ليس جوهرى ، كما أن عدم تقرير جزاء فى القانون لتغلف هذا الاجراء لا يستتبع بطلان القرار الصادر بالالغاء . على أنه من الواضح أن هذا الاجراء الشكلى موضوع لصالح جهة الادارة بالذات ، فإذا هى تغلف عن أعماله ، فإن ذلك لا يستتبع التمسك عليها بالبطلان من جانب الأفراد ، القضية رقم ١٣٠٣٧ السنة ٨ قضائية منشور فى مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ١١ ص ٣١ .

والواقع أن هذا الحكم قد أثار كثيرا من الموضوعات المتناظرة :

(أ) فالذى لا شك فيه أن للادارة الاستغناء عن المناقصة بعدم التعاقد كلية كما سنرى . وفى هذه الحدود يكون الحكم سليما .

(ب) اذا اريد الغاء المناقصة لسبب من الأسباب الوزارة فى المادة ٧ فيتمين عندنا أخذ رأى لجنة البت مقدما . وذلك لأن المادة صريحة ولا تحتمل التأويل .

(ج) عدم النص على جزاء لعدم اتباع الاجراءات الادارية لا يعنى عدم ترتيب جزاء كما تقول المحكمة ، ذلك أن الاجراءات الادارية يفرض أنها مقررة لحماية الصالح العام ، ومن ثم يعرّتب البطلان على مخالفتها دون حاجة الى نص صريح . (يراجع فى التفاصيل مؤلفينا القضاء الادارى ورقابته لأعمال الادارية ، والنظرية العامة للقرارات الادارية) .

(د) لا شك فى سلامة التمييز بين الاجراءات الجوهرية وغير الجوهرية كتعاقد عامة ، ولكننا نعتقد أن تطبيقها هنا مقيد بالتمييز بين الحالتين اللتين أشرنا اليهما فى الفقرتين أ ، ب .

ولكن الفقرة الثانية من المادة ٣٣ من اللائحة التنفيذية الجديدة ، قد أجازت - بموافقة سلطة الاعتماد المختصة - قبول المطام الوحيد بشرط :

١ - أن تكون حاجة العمل لا تسمح بإعادة طرح المناقصة أو ألا تكون شمة فائدة من اعادةتها .

٢ - أن يكون المطام الوحيد مطابقا للشروط ومناسبا من حيث السعر .

رابعا : اذا كانت وسيلة التعاقد هي المزايدة فقد نظمها القسم الخامس من اللائحة الجديدة : فتضمن الفصل الأول من هذا القسم الأحكام العامة : فنصت المادة ١٠٤ على أنه لا يجوز بيع الأصناف الجديدة اللوزرات والمصالح ووحدات « والحكم المعلى » والهيئات العامة . و اجازت اللائحة بيدها لغير هذه الجهات فى ثمانية أحوال « وفى هذه الأحوال الاستثنائية يكون البيع بدون مزايدة فى الحدود التى نص عليها قانون تنظيم المناقصات والمزايدات « أما الأصناف غير الصالحة للاستعمال أو التى يغشى عليها التلف أو التى بطل استعمالها ، وكذا الأصناف الزائدة على الحاجة فتباع بالمزاد وفقا للأحكام المقررة فى المواد من ١٠٥ الى ١٠٧ من اللائحة الجديدة . أما الفصل الثانى من القسم الخامس فقد نظم طرق وأجراءات التعاقد (المادة ١٠٨) والشروط الخاصة بالبيع (مادة ١٠٩) والجهة التى تعتمد قرارات وتوصيات لجنة البيع أو التأجير (مادة ١١٠) ويكون تأجير المقاصف وغيرها بطريق المزايدة فى حدود القواعد المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية بشأن أحكام وإجراءات البيع ، على أن تختص لجنة التثمين بوضع حد أدنى لايجاز المكان المطلوب تأجيره بمراجعة آخر قيمة ايجارية و ايجار المثل وغيرها من العناصر المؤثرة (مادة ١٢٠) .

خامسا : اختلاف أعضاء لجنة البت فى الرأى واختلافهم مع الجهة المختصة : نظمت هذه الحالة المادة ٣٠ من اللائحة التنفيذية

الجديدة ، فقد نصت على أنه إذا اختلف رأى لجنة البت أو رأى أغلبيتها مع رأى رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص حول استبعاد بعض العطاءات أو اعتبار العطاء أصح العطاءات لارساء المناقصة على مقدمه أو اجراء أو عدم اجراء المفاوضة أو غير ذلك فيعرض الأمر على السلطة الأعلى مباشرة للبت فيه نهائيا . أما اذا اختلف أعضاء اللجنة فى الرأى فيجب اثبات أوجه الخلاف فى المحضر ويكون الفصل فى ذلك للسلطة التى لها حق اعتماد نتيجة المناقصة . وفى حالة الاختلاف فى الرأى مع المندوب الفنى ، فيجوز لرئيس اللجنة أن يطلب مندوبا آخر للانضمام الى المندوب الأول للاسترشاد برأيه . فاذا اتفق رأيهما يؤخذ به . وان اختلفا يعرض الأمر على رئاستهما لترجيح أحد الرأين . (وتقابلها المادتان ٧١ و ٧٢ من اللائحة الملغاة) .

الفرع الثالث

اعتماد المناقصة ومدى حرية الادارة فى اختيار المتعاقد

١ - قرار لجنة البت بارساء المناقصة على أحد المتقدمين ليس الخطوة الأخيرة فى التعاقد ، بل ليس الا اجراء تمهيديا . أما عملية التعاقد فانها خطوة أخرى ، لاحقة ، وتختص بها هيئة أخرى ، قد تكون رئيس المصلحة أو رئيس الادارة المركزية أو الوزير المختص حسبما حددته المادة ٣١ من اللائحة الجديدة ، وكما سوف نرى تفصيليا فيما بعد .

والمسلم به أن التزامات الادارة لا تبدأ الا من هذه اللحظة . أما قبل ذلك فإن التعاقد يكون فى دور التكوين . وكل ما يترتب على قرار لجنة البت نتيجة واحدة ، وهى التزام الادارة بالآ تعاقد الا مع من يرسو عليه المزااد أو المناقصة ، وهذا هو ما يعرف بألية المزااد (أو المناقصة) .

ولكن في مقابل هذه الآلية ، جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، على تحويل الادارة حق العدول عن التعاقد اطلاقا . بالغام المناقصة ، اذا رأت أن المصلحة العامة فى هذا العدول ، حتى لا تجبر الادارة على التعاقد مع شخص لا تريده^(١) .

ومن ثم فانه من الأهمية بمكان أن نحدد دور كل من لجنة البت ، وجهة الادارة المختصة بالتعاقد فيما يتعلق باختيار المتعاقد .

٢ - وقد أتيج لمحكمة القضاء الادارى المصرية أن تبرز ذلك وتوضحه فى صورة مفصلة فى كثير من أحكامها والتى يمكن أن نستمد منها المبادئ الآتية :

أولاً : ان لجنة البت « . . . تختص باتمام الاجراءات المؤدية الى تعيين من ترسو عليه المناقصة بمد تحقيق شروطها توطئة لاطلاع جهة الادارة بمهمتها الخاصة بإبرام العقد . واختصاص اللجنة فى هذا الصدد اختصاص مقيد تجرى فيه على قواعد وضمت لصالح الادارة والأفراد على السواء بقصد كفالة احترام مبدأ المساواة بين المتناقصين جميعا . وقد أجملت المواد من ١٣ الى ٦ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ وأحكام لائحة المخازن والمشتريات (التى كانت سارية قانونا قبل صدور اللائحة الجديدة) هذا الاختصاص .

وينتهى عمل هذه اللجنة بتقرير أصلح المطامرات عن طريق اختيار المناقص الذى تقدم بالسعر الأقل ، ثم يأتى بمد ذلك دور جهة التعاقد وهى الجهة المختصة بإبرام العقد مع المناقص الذى وقع عليه اختيار لجنة البت « (٢) .

(١) مطول دى لوبادير المرجع السابق ، ص ٤٣٠ الى ٤٣١ . وراجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٧ أبريل سنة ١٨٩١ فى قضية «Lanier» المجموعة ص ٢٧٩ وحكمه فى ٣ مارس سنة ١٩٤٤ فى قضية «Soc. nat. de Construction» المجموعة ص ٧٦ .

(٢) فقرة أخرى من الحكم السابق .

ثانيا : د ٠٠٠ ومن حيث انه على هدى ما تقدم لا يمكن القول باعتبار قرار لجنة البت ، بارساء المناقصة - أو الزايدة - بمثابة القبول فى العقود ويؤدى الى اتمام التعاقد حتما مع صاحب المطام الذى اختارته اللجنة ، اذ أن هذه المرحلة النهائية تترتب على اجراء لاحق هو المصادقة على ارساء المناقصة من الجهة الادارية المختصة ، وهى جهة التعاقد التى تملك وحدها اصدار القبول تأسيسا على أن القبول الذى يمتد به هو الذى يصدر ممن يملك التعاقد . على أنه اذا جاز ادماج لجنة البت فى نطاق اجراءات القبول فهو لا يمدو أن يكون قبولا مؤقتا ، أو هو قبول معلق على اعتماد من الجهة المختصة بابرام العقد . فاذا اعتمدته ورأت ابرام العقد ، أصبح القبول نهائيا . والقول بنفي ذلك ، وبأن قرار لجنة البت هو بمثابة القبول فى العقود ، قول لا يتفق مع نصوص القانون وغرض الشارع فيما استهدفه من تنظيم ادارى لاجراءات التعاقد ، من مقتضاء أن تتولى هذه الاجراءات ثلاث جهات لكل منها اختصاص معين يتفق مع طبيعة عملها . وتنتهى الاجراءات الى الجهة الادارية المختصة بابرام العقد ، فهى وحدها التى تملك قبول التعاقد أو رفضه . كما أن القول بأن قرار لجنة البت بارساء المطام يعتبر قبولا يتم معه التعاقد ٠٠٠ هذا القول يؤدى الى تعطيل حق جهة الادارة فى الغاء المناقصة اذا قامت دواعى هذا الالغاء وأسبابه ، حيث يحتج عليها بأن الالغاء يعتبر فسحا للمقد الذى تم ، وهو أمر لا يمكن التسليم به ، ويتعارض مع حكم القانون ، لأن حق الغاء المناقصة حق مقرر لجهة الادارة طبقا لنص المادة السابعة من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ ٠٠٠ (١) .

ثالثا : د ٠٠٠ ان لجنة البت هى المرجع النهائى فيما يتعلق بنتيجة المناقصة ، وذلك تأسيسا على أنها الجهة التى تتجمع بين أيديها جميع العناصر الضرورية واللازمة للبت فى أفضل عطاء بعد اجراء المفاضلة والمقارنة بين جميع أصحاب المطامات ، وهى بحكم تشكيلها

(١) فقرة أخرى من الحكم السابق .

تضم من رجال الادارة أصحاب الفن والخبرة والذين يمكنهم الوصول الى اختيار أحسن المتقدمين فى العطاء سواء من الناحية المالية أو الفنية أو الادارية ، وسلطتها فى هذا الخصوص هى سلطة مقيدة فلا تملك تعديل شروط المناقصة ، وانما تصدر قرارات بقبول العطاءات أو يرفضها وبترتيب المتقدمين للعطاء وبارساء العطاء أو بالغام المناقصة اذا ما عرض عليها ذلك رئيس المصلحة للأسباب المبررة لذلك قانونا ، كما أنه يؤخذ رأيها فى حالة المناقصة طبقا للمادة الخامسة من المرسوم بقانون (السارى قبل القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤) ويترتب قانونا على ارساء العطاء تعيين صاحب العطاء الأفضل الذى سيبرم معه العقد واستبعاد باقى المتقدمين وتحلهم من التزامهم بالايجاب . أما من رسا عليه العطاء ، فلا يتغير مركزه القانونى ، فيبقى ايجابه قائما حتى يعقد العقد أو ينتهى الميعاد المحدد فى قائمة الشروط لانتهاه مدة الالتزام بالعطاء . والخطوة التالية لارساء العطاء هى ابرام العقد بمعرفة السلطة المختصة بذلك قانونا . ولا يعول دون ابرام العقد الا ما قد يدعو رئيس المصلحة الى الغام المناقصة .»^(١) .

رابعا : « . . . ان القواعد التى تحكم اجراءات المناقصة . . . لا تعتبر مجرد قواعد مصلحية داخلية للادارة ان شئت تمسكت بها وان شئت تنازلت عنها ، ولكنها قواعد وضمت لصالح الادارة والأفراد على السواء ، وقصد بها كفالة احترام مبدأ المساواة بين المناقصين جميعا . وبذلك فان هذه القواعد بمثابة أحكام قانون التعاقد فى موضوع المناقصة ، فتلتزم الادارة والأفراد على السواء ، ويترتب على مخالفتها بطلان ما تصدره الادارة من قرارات . . » .

خامسا : ولكن ما مدى حرية لجنة البت فى تطبيق الاجراءات الستة مع التسليم بأنها ملزمة ؟! لقد تعرضت المحكمة للاجابة على هذا

(١) حكمها فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ ، السنة ١١ ، ص ١٧٢ .

(٢) فقرة أخرى من الحكم السابق .

السؤال تفصيليا في حكمها الصادر في ١٧ يونية سنة ١٩٥٦ حيث تقول : « ان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن عملية المناقصة العامة تتم في مصر على مرحلتين : أولاها : أعمال تمهيدية من وضع شروط المناقصة والاعلان عنها وتلقى المطاءات المقدمة فيها ، وتحقيق شروطها ثم المفاضلة . والثانية : ابرام العقد بعد ارساء المناقصة . وتتم الأعمال التمهيدية بقرارات للافصاح بها عن ارادتها هي وحدها دون غيرها ، وتلتزم فيها السير على مقتضى التنظيم الادارى المقرر لذلك ، ومن ثم فان شروط المناقصة تضمها الادارة بمفردها ولا تناقش فيها المتعهد الذى يجب عليه أن يقبلها في جملتها ، فيغدو في مركز تماقدى شكلا ، تنظيمى موضوعا . »

« ويتمين عند التصدى لمبدأ حرية الادارة فى قبول العطاء المقدم لها التمييز بين فرضين اثنين :

أولهما : اذا تقدم صاحب العطاء وكان عطاؤه مخالفا للوائح ، فمن المؤكد أن من حق الادارة أن تستبعده تماما . ولكن هل يجب عليها استبعاده لزاما ؟ يتجه القضاء الفرنسى الى ذلك ، فليس للادارة فى هذا الصدد الا اختصاص مقيد ، والادارة محرومة هنا من السلطة التقديرية .

وثانيهما : اذا تقدم صاحب العطاء وكان عطاؤه متطابقا مع اللوائح ، فمن المؤكد أن من حق الادارة أن ترسم العطاء عليه ، ولكن هل تلتزم حتما بقبوله ؟ وذلك ما يطلقون عليه « حرية الادارة فى القبول واطلاقها » وفى هذا الوضع بالذات تثور أشق المساعب لتوكيد الاختصاص المقيد لجهة الادارة كلما ألزمتها بقبول كافة المطاءات المتقدمة والسليمة الأوضاع . والقول بجواز استبعاد صاحب عطاء مخالف للقوانين واللوائح قول لا خلاف عليه ولا صعوبة فيه . ولكن متى يكون لزاما على جهة الادارة أن تستبعد عطاءه من المناقصة حتما ، ويتمين عليها أن ترفض ذلك العطاء ؟ القضاء الفرنسى يفرق بين وضمين مختلفين :

(١) **المقاول الذى لا تتوافر فيه الشروط الموضوعية اللازم**
توافرها للمناقصة : يجب على الادارة دائما أن تنجيه عن المناقصة
بغير تردد ، وهذا واجب عليها أن تتبمه ، فهى فى الحقيقة ملتزمة
باحترام شروط المناقصة التى صاغتها وطرحتها . فإذا نكلت عن
استبعاد كل من خالف شروطها الموضوعية ، فإنها ترتكب خطأ
بمخالفتها للقانون ، واختصاصها فى هذا الشق مقيد ، وليس عليها
الا أن تتحقق مما اذا كان صاحب المطام قد استوفى الشروط
الموضوعية أم أنه فقدوها كلا أو بعضا ، ثم يكون على الادارة بعد ذلك
أن تحصل النتيجة الواجبة الاتباع . وهنا يصمم القضاء الفرنسى
على وجوب استبعاد صاحب المطام الذى افتقد شروط المناقصة
الموضوعية اللازمة لها ، ويحق الطعن فى قرار الادارة بقبول مثل
هذا المطام . مثال ذلك اذا تقدمت شركة بمطام دون ان تكون
مستوفية أوضاع قانون الشركات أو تقدم بمطام من لا تتوافر لديه
كافة الضمانات المالية المطلوبة ، كأن يكون قد تقدم بضمان مالى
قاصر أو منعدم ، وكذلك من تجرد من الخبرة الفنية اللازمة للنهوض
بالعملية المطروحة فى المناقصة .

(ب) أما الوضع الثانى فيتمثل فى حالة المقاول الذى لا يتبع
قواعد الاجراءات ويخالف الأوضاع الشكلية ، فيجب فى بعض الحالات
استبعاد أمثاله . والمقاول فى هذا الفرض يكون مستوفيا حقيقة
لكافة الشروط الموضوعية اللازمة للمنافسة ، ولكنه تواجد فى
أوضاع غير سليمة بمخالفته قواعد الاجراءات الشكلية . وهنا يكون
لمجة الادارة من غير شك الحق فى استبعاد عطائه . ولكن هل عليها
حتما واجب اقصائه ؟ ان علينا فى هذه الحالة ان نوائم بين اتجاهين
متعارضين تماما - الأول : القول بالزام جهة الادارة باستبعاد كل
صاحب عطاء مخالف لقواعد الاجراءات أيا كانت ضالة تلك المخالفة
وتفاهتها . ومعناه أخذ الادارة بالشدة التى لا مبرر لها فضلا عما
يترتب على ذلك من تكاثر الطعون والقضاء ظل كثيف من الشكوك
والريب على سلامة العديد من المناقصات العامة . وقد ناصر هذا
الاتجاه الصارم الفقيه الادارى الفرنسى « جيز » بمقولة ان على جهة

الادارة احترام قاعدة المساواة بين المتنافسين في المعطاء . فكلما تسامحت الادارة مع أحد المتقدمين - مهما بلغت تفاهة المخالفة الشكلية - فانها تكون بذلك قد أخلت ولو بقدر معلوم بمبدأ المساواة في ميدان المناقصة . الثاني : القول بالزام جهة الادارة بتفادى طرح المتنافسين الذين تنكبوا الوضع الشكلى فى ميدان المناقصة العامة . ومعناه اهدار كافة الضمانات التى تكفل العملية والتي اختطتها بنفسها جهة الادارة لصالح المتنافسين .

« وان قضاء هذه المحكمة ، وقد وازن بين هذه الاعتبارات ، لايسمى الا الحرص على الموازنة بين هذين المذهبين المتطرفين ، تحقيقا لمصلحة الادارة ورعاية لصالح الأفراد ، فيضع معيارا دقيقا يفرق بين المخالفات الجوهرية من جهة وغير الجوهرية من جهة أخرى . وهذا المعيار هو ان يتعين على جهة الادارة أن تبادر الى استبعاد كل متقدم بمطاء يكون قد خالف وضعا جوهريا مع عدم الاخلال بما يجيزه القانون . ويكون لجهة الادارة - على عكس ذلك ومن ناحية أخرى - سلطة تقديرية تمكنها من قبول أو استبعاد من يكون قد خالف قاعدة غير جوهرية من المتنافسين ، فان مثل هذه القواعد انما قد فرضت لصالح جهة الادارة وحدها .

فما هى تلك المخالفات الجوهرية التى توجب استبعاد صاحب المعطاء المسئول عنها ؟ من ذلك كل خرق لقاعدة من شأنها كفالة حياد العمليات . ومن ذلك أيضا كل مخالفة - وان تسامحت فى أمرها جهة الادارة - يكون مؤداها حصول صاحب المعطاء المخالف على ميزة مادية محققة تملو به على أقرانه . ومما يدخل فى هذين الغرضين مثلا : اخلال المتقدم للمناقصة بأن يودع طلبه فى المدة المقررة . وجهة الادارة لها - بل وعليها - أن تستبعد المتقدم متأخرا تأخرا ينافى سرية المناقصة . والمسألة من الوضوح بحيث لم يبق عليها خلاف الا عند تقديم المعطاء بواسطة البريد ، والمبرة فى ذلك بتاريخ تسليم المعطاء فى الميعاد المقرر وليس بتاريخ ارساله بخطاب موصى عليه . ولكن لا يمكن التمويل على تأخير تقديم المعطاء لمعطات محدودات

لا تتجاوز بضع دقائق ما دامت سرية المطامع مكفولة ، وما دام هذا التأخير الثقافه لا يخل بقاءة جوهرية من قواعد الاجرامات . ومما يدخل أيضا فى الفرضين السابقين مثلا الاخلال بالتزام ايداع كافة المستندات التى تمزى الطلب المقدم ، فالمقاوّل الذى لا يقوم بإيداع جميع الأوراق المطلوبة ، يجوز بل ويجب أن يستبعد والا جاز الطعن فى نتيجة المناقصة العامة اذا رسا المطامع عليه . ومع ذلك يخفف من حدة هذا الوضع أمران : الأول ، قضاء مجلس الدولة الفرنسى أولا بجواز أن تسمح جهة الادارة بتقديم المستندات المتأخرة فى وقت لاحق للميعاد . ولكن مجلس الدولة ارتد بعد ذلك الى قضاء متشدد يرمى الى أن جهة الادارة لا يجوز لها أن تسمح بتقديم مستندات متأخرة الا اذا كان هذا الاجراء لا يؤثر فى حرية المناقصة التى لا بد من وجودها بين المتنافسين مع مراعاة حسن تنفيذ المشروع موضوع المناقصة . ولكن مجلس الدولة الفرنسى عاد أخيرا (حكم ١٨ يونية سنة ١٩٤٣ قضية شركة منشآت فرنسية) الى اتجاهاه المتحرر الأول ، وقضى بأن التأخير فى تقديم المستندات التى سمحت الادارة بتقديمها متأخرا لا يؤدى الى بطلان المناقصة . وأما الأمر الثانى الملطف لحدّة الوضع المشار اليه فيرجع الى تأثير خطأ الغير ، فاذا ثبت أن المستند لم يقدم فى الميعاد بسبب خارج عن ارادة صاحب المطامع ، جاز فى هذه الحالة لجهة الادارة أن تأذن بقبول هذا المطامع . أما عن مخالفة القواعد غير الجوهرية بين المتنافسين ، فمردها الى تلك المخالفات التى لا تفيد صاحبها بأى نفع مادى والتى لا تمس الأصول التى تكفل حياد عمليات المناقصات . وفى هذا النطاق تملك جهة الادارة سلطة مطلقة فى تقدير مدى خطورة تلك الأوضاع ، بل وفى قبول صاحب مثل هذا المطامع . وقد سبق لهذه المحكمة أن أوضحت بأن مثل هذه القواعد انما فرضت لصالح الادارة ذاتها . ومن أمثلة القواعد غير الجوهرية : « الالتزام بالتأشير على المستندات والأوراق وكذلك الالتزام بالحضور شخصيا أو بواسطة من ينوب عن مقدم المطامع فى جلسة اعلان نتيجة ارسال المطامع والالتزام باختيار موطن معين . . . » وانتهت المحكمة

الى أن ارساء العملية على مقدم العطاء المتأخر ثمان دقائق فقط لا يبطل العملية . . . والثابت من استقراء النص ، أن الشارع قد حرص على ذكر الساعة وعلى ذكر التاريخ باليوم ، ولم يدر بخلد الشارع تصور فرض وصول عطاء متأخر دقيقة واحدة بعد فتح الجلسة أو عشر دقائق . . . لأن افتراض ذبوع السرية الواجبة للعملية - وهي الحكمة الأصلية انتى أملت نص لائحة المخازن والمشتريات - (الآن لائحة المناقصات والمزايدات) أمر ضئيل الاحتمال فى اللحظات الحاطفة الأولى لافتتاح أولى الجلسات «^(١)» .

سادسا : وما يتصل بالموضوع السابق مدى سلامة الشروط التى ترد فى دفاتر الشروط من « أن الادارة غير ملزمة بقبول أى عطاء كان حتى ولو كان الأقل ، ولا يحق لأحد مطالبتها بأبداء الأسباب » وإذا كان هذا الشرط يقصد به تحرر الادارة من مبدأ آلية المناقصة أو المزااد ، فلا شك لدينا فى بطلانه ، فالمناقصات العامة منظمه على أساس تقييد حرية الادارة ، ولجنة البت ملزمة باختيار أفضل عطاء ، وإذا انحرفت عنه جاز الطعن فى قراراتها . وبهذا المعنى صدر حكم محكمة القضاء الادارى فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧^(٢) ، فبعد أن أكدت المعنى الذى ذكرناه قالت : « ولا يغير مما سبق ايضاحه ما أوردته لائحة المخازن والمشتريات . . . من أن المصلحة ليست ملزمة بقبول أى عطاء كان ، حتى ولو كان الأقل ولا يحق لأحد مطالبتها بأبداء الأسباب ، أو ما جاء فى دفتر الشروط والمواصفات فى المادة ١٣ من أن المصلحة ليست ملزمة بقبول أقل العطاءات أو أى عطاء آخر دون أن تكون ملزمة بأبداء الأسباب . فهذا الحكم لا يستقيم وما جاء بالمادة الأولى والحادية والعشرين من المرسوم بقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٥٣ وهما تقضيان بأن تتم عقود التوريدات ومقاولات الأعمال والنقل عن

(١) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة العاشرة ص ٣٥٩ ، وفى التمييز بين الشكليات الجوهرية وغير الجوهرية راجع حكمها الصادر فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٥٦ القضية رقم ١٦٢٢ لسنة ١٠ قضائية .

(٢) السنة ١١ ص ١٧٢ وقد سبقت الإشارة اليه .

طريق مناقصات عامة يعلن عنها • اذا ما تعارض نص اللائحة أو شروط المناقصات مع حكم القانون فلا قيمة له من الوجهة القانونية، ومن ثم فلا يجوز الاعتداد به أو تطبيقه لمخالفته لنص القانون »

وبالرغم من وضوح المبدأ الذي تضمنه الحكم السابق وسلامته فقد وجدنا أحكاما أخرى للمحكمة تقضى بسلامة الشرط السابق^(١) .

والواقع أن هذه الأحكام الأخيرة محل نظر : فلا تستطيع الإدارة كما ذكرنا أن تخرج على القواعد التي تكفل آلية المناقصة (أو المزاد) والا اختلت قاعدة المساواة بين المتنافسين ، وهي دعامة المناقصات العامة • أما اذا كان الشرط السابق يعنى حق الإدارة فى استبعاد المعطاءات غير الصالحة أو إلغاء المناقصة للصالح العام ، فانه يكون شرطا مشروعا ، ولكنه يكون فى ذات الوقت تحصيل حاصل ، لأن حق الإدارة فى ذلك يقرره القانون رأسا دون حاجة للنص عليه فى المقود أو فى دفاتر الشروط •

سابعا : ولكن اذا كانت الإدارة ملزمة بإرساء المعطاء على المتقدم بأفضل عطاء فهل هى ملزمة أيضا بالتعاقد معه ؟ لو أجبنا على هذا السؤال بالإيجاب ، لكان قرار الإرساء هو آخر عمليات التعاقد • ولكن هذا ليس هو الصحيح كما نعلم • ومن ثم فان هذه السلطة المقيدة يوازنها حق خطير للإدارة عبرت عنه المحكمة بقولها : « ... هذا ويقابل الاختصاص المقيد لجهة التعاقد سلطة تقديرية ، هى حق هذه الجهة فى عدم اتمام التعاقد والمدول عنه بإلغاء المناقصة حتى لا يفرض عليها التعاقد مع شخص لا تقبله ، أو اذا تبينت ملامحة اتخاذ هذا القرار لظروف تتعلق بالمصلحة العامة أو المصلحة المالية أو

(١) من ذلك على سبيل المثال حكمها الصادر فى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥٦ ، السنة العاشرة ص ١٢ • وقد جاء فيه : « اذا تضمنت شروط المناقصة ... بندا ينص على أن الوزارة ليست مقيدة بقبول أقل عطاء أو أى عطاء آخر ، وأنها تحتفظ لنفسها بالحق فى قبول أى عطاء تمتن به فى مصلحتها أو فى إلغاء المناقصة كليا أو جزئيا دون اهدام الأسباب ، فان هذا الشرط من الشروط المشروعة والجائزة ولواجبة الاحترام » •

وبنفس المعنى والألفاظ حكمها الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٥٦ ، السنة العاشرة ص ٣٥٩ •

المصلحة الادارية ، وذلك فى الحالات التى بينها القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ فى مادته السابعة «^(١)» .

ولقد سبق أن ذكرنا أن المادة السابعة - من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ (الملقى) والتى تقابل المادة ١٧ من القانون الحالى رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ - تنص على ما يلى : « تلتفى المناقصات بقرار مسبب من رئيس المصلحة بعد النشر عنها وقبل البت فيها اذا استغنى عنها نهائيا ، أما فى غير هذه الحالة فيجوز لرئيس المصلحة الغاء المناقصة فى احدى الحالات الآتية : ١ - اذا تقدم عطاء وحيد أو لم يبق بعد المعطامات المستبعدة الا عطاء واحد ٢٠ - اذا اقترنت المعطامات كلها أو أكثرها بتحفظات ٣٠ - اذا كانت قيمة المعطاء الأقل تزيد عن القيمة السوقية » .

ولقد فسرت محكمة القضاء الادارى هذه المادة بعد أن استعرضت نصها السابق - بقولها : « وفاد هذا النص أن المشرع أجاز الغاء المناقصة فى جميع الأحوال سواء قبل البت فيها أو بعد ذلك ، الا أنه فى حالة الالغاء قبل البت فى المناقصة ، يجب أن يكون سبب الالغاء هو الاستغنى نهائيا عن المناقصة ، وأن يحصل الالغاء بقرار مسبب من رئيس المصلحة ٠ أما اذا كان قد بت فى المناقصة ، فان الالغاء جوازى فى احدى الحالات الثلاث المشار اليها فى المادة ، ويكون الالغاء فى هذه الحالة لرئيس المصلحة أيضا وبقرار منه بناء على رأى لجنة البت «^(٢)» واذا كان ظاهرا كل من نص المادة السابعة السابقة ، والحكم الذى فسرها ، يقتصر حق الادارة فى الغاء المناقصة على حالات معينة بعد البت فيها ، فان الأسس العامة التى تحكم المقود الادارية تخول الادارة عدم التماقد فى جميع الحالات : سواء قبل البت فى المناقصة أو بعدها ، اذا ثبت للادارة أن المصلحة العامة تقتضى

(١) حكمها الصادر فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٧ ، فى القضية رقم ١٠٥٧٨ لسنة ٨ قضائية وقد سبقت الإشارة اليه .

(٢) حكمها فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٥٦ (القضية رقم ١٦٣٢ لسنة ١٥ قضائية) .

عدم التعاقد . ذلك أن هذه المصلحة العامة تخول الإدارة كما سنرى حق التحرر من العقد بعد إبرامه ، فيكون لها من باب أولى عدم إبرامه كلية إذا لم تكن قد تعاقدت بعد ، وتكون الحالات المشار إليها في المادة السابقة قد وردت على سبيل المثال لا على سبيل الحصر .

وهذا ما أقرته المحكمة في حكمها الصادر في ٥ يناير سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ١٨٢) حيث تقول : « لا نزاع في أن للجهات الإدارية سلطة تقديرية في إبرام العقود بعد فحص العطاءات وإرسالها على المتعهدين ، ذلك أن طرح المناقصة في السوق ، وتقدير العطاءات عنها ، وفحصها وإرسالها على صاحب أفضل عطاء ، كل ذلك ما هو إلا تمهيد للعقد الذي تبرمه الحكومة مع المتعهد . ومن ثم فهي تملك كلما رأت أن المصلحة العامة تقتضي بذلك إلغاء المناقصة ، والدول عنها ، دون أن يكون لصاحب العطاء أى حق في إلزامها بإبرام العقد أو المطالبة بأى تعويض عن عدم إبرامه ، ذلك أن ما ورد في القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات والمزايدات من قواعد لتنظيم المزايدات وللبت في العطاءات عن مشتريات الحكومة ، وما ورد في لائحة المخازن والمشتريات من قواعد في هذا الخصوص أيضا ، ما ورد من هذه القواعد والضوابط إنما هو مجرد تنظيم للمرحلة السابقة على إبرام العقد ، حتى يتم على أساس سليم ، يصون أموال الحكومة من العبث ، ويوفر الضمانات والفرص المتكافئة للمزايدين والمتعهدين ، فيتم البت في عطاءاتهم في جو لا يشوبه ميل أو هوى ، ولم يقصد منها إيجاد قيود على حرية الحكومة في التعاقد بعد اتمام عملية البت في العطاءات ، ومن ثم لا يسوغ للمدعى الاستناد إلى تلك القواعد والضوابط لتثبيت القرار المطعون ، لأنه لم يصدر من الجهة الإدارية وهي تعمل في مرحلة البت ، وإنما صدر منها وهي تعمل في مرحلة التعاقد ذاتها وهي مرحلة تتمتع فيها بكل حريتها التي لم يضع المشرع قيودا عليها . »

« فإذا كان الثابت من الأوراق ومن أقوال المدعى نفسه أن الباعث للوزارة على إلغاء المناقصة كلية هو رغبته في سرعة

استيراد الأدوية التي كانت مستشفياتها ووحداتها في ميسيس الحاجة اليها ، بعد أن تبين لها أن حصتها النقدية لعام ١٩٥٨ قد نفذت وانها عاجزة تماما عن تدبير النقد الأجنبي اللازم لمطاء المدعى ، فانها اذ قررت ايفاد بعثة فنية الى الخارج للتعاقد على شراء الأدوية موضوع المناقصة مباشرة من مصادر انتاجها بالجنية المصرى لتوفير مكاسب الوسيط وذلك بدلا من ابرام المناقصة مع المدعى ، تكون قد باشرت سلطاتها في حدود القانون بقصد تحقيق مصلحة عامة دون تعسف أو محاباة لأحد ، ويكون قرار الوزارة بالغاء المناقصة الخاصة بالمدعى ، قد صدر في حدود «سلطة الوزير التقديرية في ابرام العقد ، ولا مخالفة فيه للقانون أو انحراف » .

ثامنا : لما كانت الرابطة التعاقدية لاتتم الا بعد المصادقة على قرار الارساء من الجهة التي تملك ابرام العقد ، فان التزامات الأفراد والادارة لا تبدأ في ميعاد واحد ، أو كما تقول محكمة القضاء الادارى في حكمها الصادر فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٥٧ « ٠٠ » ويترتب على المطاء أثر قانونى هام بالنسبة الى مقدمه ، وهو ارتباطه بهذا المطاء ، فلا يجوز له سحبه أو تمديله طالما أنه لم يبت فيه ، وفى ذلك استثناء من القواعد العامة التي تحكم العقود والتي تقضى بأنه يجوز سحب العرض المقدم طالما أنه لم يصدر قبول له . ويزيد في ظهور هذا الاستثناء أن الرابطة العقدية لا تنشأ بالقياس الى جهة الادارة حتى بعد اختيار لجنة البت فى المطاءات للمناقص ، وأن اختيار المناقص عن طريق لجنة البت لا يعدو أن يكون اختيارا مؤقتا . ولا يصبح نهائيا الا بعد صدور قرار باعتماده من جهة الادارة المختصة ، ولا تبدأ التزامات الادارة التعاقدية الا من تاريخ قرار هذه المصادقة « (١) » .

تاسعا : والخطوة الأخيرة فى هذا الصدد هى اخطار المتقدم الذى قبل عطاؤه برسو المطاء عليه . وقد أوجبت المادة ٣٤ من اللائحة

المجديدة - والمقابلة للمادة ٧٥ من اللائحة المفاة - على مدير المشتريات اخطار مقدمى المطامات الذين قبلت عطائهم بنتيجة المناقصة وذلك خلال أسبوع واحد على الأكثر من تاريخ اعتماد نتيجة المناقصة ، ويجب أن يطلب فى الاخطار ذاته ايداع التأمين النهائى خلال المدة المحددة ، وكذلك الحضور لتوقيع العقود ، وترافق العقود صورة طبق الأصل من هذه الأخطارات وترسل صورة منها الى مدير المخازن أو الى القسم المختص حسب الأحوال ، كما يجب اخطار مقدمى المطامات التى تم استبعادها أو غير المقبولة بأسباب الاستبعاد أو عدم القبول .

وما لم يتم هذا الاخطار فان الرابطة التعاقدية لا تقوم ، كما أكدت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٨ مارس سنة ١٩٦٩ (سبق) وبالتالى « لا يجوز التحدى فى مواجهته (المناقص) بانمقاد العقد ، ويمتنع بالتالى تبعا لذلك اعمال آثاره ، والاستناد الى أحكامه للشراء على حساب المدعى عليه ، ومطالبته بالآثار المترتبة على ذلك » .

أما اذا أخطر المقاور أو المتعهد بقبول عطائه وتأخر فى ايداع التأمين النهائى خلال المدة المحددة له بالاخطار ، فيجوز للجهة المتعاقدة - بموجب اخطار بكتاب موسى عليه بعلم الوصول ، ودون حاجة لاتخاذ أية اجراءات أخرى أو الالتجاء الى القضاء - أن تلغى العقد ، وتصادر التأمين المؤقت أو أن تنفذه كله أو بمضه على حساب صاحبة بمعرفة الجهة المتعاقدة أو بواسطة أحد مقدمى المطامات التالية لمطائه أو المناقصة أو الممارسة أو بالطريق المباشر ويكون لها الحق فى أن تخصم من أية مبالغ تكون مستحقة أو تستحق له أيا كان سبب الاستحقاق لدى الجهة المتعاقدة أو لدى أية جهة ادارية أخرى كل خسارة تلحقها ، وذلك كله مع عدم الاخلال بحقها فى الرجوع عليه قضائيا بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الادارى . (مادة ٢٤ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) .

أما التأمين النهائي فقد حددته المادة ٢٠ من القانون الجديد (المقابلة للمادة ٥١ من اللائحة المرفقة) بقولها : « على صاحب المطاء المقبول أن يودع في فترة لا تتجاوز عشرة أيام تبدأ من تاريخ اليوم التالي لاختطاره بكتاب موسى عليه بقبول عطائه ما يكمل التأمين المؤقت ما يساوي ٥٪ من قيمة مقاولات الأعمال التي رست عليه و ١٠٪ من قيمة العقود الأخرى . وبالنسبة للمقود التي تبرم مع متماقد في الخارج يكون ايداع هذا التأمين في فترة لا تتجاوز عشرين يوما . ويجوز بموافقة السلطة المختصة ، مد المهلة المحددة لايداع التأمين النهائي بما لا يتجاوز عشرة أيام . ويكون التأمين النهائي ضامنا تنفيذ المقد » .

هذا ولقد رأينا فيما سبق أن المادة ٢١ من القانون الجديد ، قد أضافت من التأمين المؤقت والنهائي الهيئات العامة ، وشركات القطاع العام ، والجمعيات ذات النفع العام والجمعيات التعاونية المشهرة وفقا للقانون ، وذلك عن العروض الداخلة في نشاطها ، وبشرط تنفيذها لعملية بنفسها . ويجوز عند الضرورة للسلطة المختصة ، بعد موافقة لجنة البت ، اعضاء الشركات المحتكرة من ايداع التأمين المؤقت والنهائي بشروط محددة .

ووفقا للمادة ٢٢ من القانون الجديد ، يجوز بقرار مسبب من السلطة المختصة - فيما عدا مقاولات الأعمال - خفض التأمين النهائي في الحدود التي تقدرها بحيث لا يزيد الحفض على ٥٠٪ من قيمة التأمين ، على أن يتضمن الاعلان عن المناقصة قيمة التأمين في هذه الحالة . ولا يحصل التأمين النهائي اذا قام صاحب المطاء المقبول بتوريد جميع الأصناف التي رسا عليه توريدها ، وقبلتها الجهة الادارية المتعاقدة نهائيا خلال المدة المحددة لايداع التأمين النهائي .

ويجب الاحتفاظ بالتأمين النهائي بأكمله ، الى أن يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية طبقا للشروط ، وحينئذ يرد التأمين أو ما تبقى منه لصاحبه .

هذا وقد وردت الأحكام التفصيلية للتأمين فى المواد من ٦٨ الى ٧٢ من اللائحة الجديدة : فيجوز طلب خصم قيمة التأمين من مبالغ مستحقة لدى جهة الادارة بشرط أن تكون صالحة للصرف وقت تقديم المطام أو وقت تقديم الطلب بالنسبة للتأمينات النهائية ، ولا يجوز أن يكون أداء التأمين عن طريق الكفالة ويجوز أن تقدم كفالة بقيمة التأمين اذا كانت قيمته تقل عن عشرين جنيها • (مادة ٦٨) واذا كان التأمين نقدا فيؤدى بايداعه احدى خزائن الحكومة • وتقبل الشيكات على المصارف المحلية أو الخارجية اذا كان مؤشرا عليها بالقبول ، كما تقبل كتب الضمان بشروط معينة (مادة ٦٩) وأوضحت المادة ٧٠ الحالات التى لا يحصل فيها تأمين نهائى كليا أو جزئيا • ويصدر باعفاء الشركات المحتكرة من ايداع التأمين المؤقت والنهائى ، ومد المهلة المحددة لايداع التأمين المؤقت والنهائى بما لا يجاوز عشرة أيام ، أو خفضه بما لا يزيد على ٥٠٪ قرار مسبب من الوزير المختص أو من يمارس سلطاته وفقا للشروط والأوضاع المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات (مادة ٧٢) •

ويجب رد التأمين المؤقت الى أصحاب المطامات غير المقبولة ، بغير توقف على طلب منهم ، سواء كان نقدا أو بشيك أو بخطاب ضمان ، وذلك فى خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان المطام أو قبل ذلك اذا تم تحصيل التأمين النهائى من صاحب المطام المقبول • ويجب الاحتفاظ بالتأمين النهائى بأكمله الى أن يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية طبقا للشروط وحينئذ يرد التأمين أو ما تبقى منه لصاحبه بغير توقف على طلب منه ، وذلك فى خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد اتمام تنفيذ العقد بصفة نهائية طبقا للشروط (مادة ٧١) •

الفصل الثاني

التعاقد عن طريق الممارسة

(أو عن غير طريق المناقصة)

سبق أن ذكرنا أن هذا الطريق ما يزال هو الأصل في التعاقد في مصر وفي فرنسا برغم تعدد الحالات التي يتمين فيها على الإدارة أن تلجأ الى طريقة المناقصة أو المزايدة بأنواعها المختلفة . وإذا كانت المناقصات (أو المزايدات) العامة يهيمن عليها مبدأ الآلية في الحدود السابقة ، فإن مبدأ التعاقد عن طريق الممارسة أو الاتفاق المباشر «Les marchés sur concours» يخضع لقاعدة حرية الإدارة في اختيار المتعاقد .

وهذه الحرية في اختيار المتعاقد ، لا يتنافى معها إخضاع عملية الممارسة لتنظيم قانونى معين ، بل سنرى أن التعاقد عن طريق الممارسة يخضع لنظم محددة يتمين على الإدارة اتباعها . ولكن مهما كانت دقة النظام المقرر لاحدى طرق التعاقد عن طريق الممارسة ، فإنه لا توجد طريقة واحدة تجبر الإدارة على اختيار متعاقد بعينه . وبهذا تمتاز طرق التعاقد عن طريق الممارسة عن طرق المناقصات العامة^(١) . ونعرض فيما يلى لطرق التعاقد عن طريق الممارسة المقررة في فرنسا ، ثم لنظام التعاقد عن غير طريق المناقصة في مصر .

(١) أن حرية الإدارة في هذا المجال ليست الا سلطة تقديرية بطبيعة الحال ، وبالتالي يتمين عليها أن تستعملها في حدود الصالح العام ، ، بمعنى أنها اذا تركت التعاقد مع فرد بذاته للاضرار به أو لمحاباة غيره ، فإن عملها يكون مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة وبالتالي يخضع لرقابة اللئام . بهذا يأخذ قضاء مجلس الدولة الفرنسى باستمرار ، يراجع على سبيل المثال حكمه الصادر فى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٤ فى قضية «Etabl. Pinon» (Actual. jur. 1954. 11, 498) بل أن مجلس الدولة يكتفى فى بعض الأحيان بالقرائن فى هذا الصدد ، راجع على سبيل المثال حكمه الصادر فى ٥ مارس سنة ١٩٣٧ فى قضية «Petet» المجموعة ص ٢٧٤ ، وراجع مطول دى لوبادير فى المقود ، طبعة سنة ١٩٥٦ ، الجزء الأول ص ٣٠٩ الهامش .

المبحث الأول

طرق التعاقد القائمة على حرية الاختيار

في فرنسا

تمتاز هذه الطرق بأنها تترك للادارة أكبر قدر من الحرية في اختيار المتعاقدين منها ، وهو الاتجاه العالى في هذا المجال ، والذي أشرنا اليه فيما سلف . ووفقا لقانون المقود الادارية «Le Code de marchés publics» (المعدل في ٢١ يناير سنة ١٩٧٦) توجد ثلاثة طرق رئيسية لايرام هذا النوع مع المقود ، نتناولها على التوالى :

أولا - أسلوب الدعوة الى التعاقد

«Les marchés sur appel d'offres»

ويترك هذا الأسلوب قدرا كبيرا من الحرية للادارة في اختيار المتعاقدين ، مع الاحتفاظ ببعض ملامح المناقصات (والمزايدات) العامة ، لا سيما في مجال تحقيق المنافسة بين المتقدمين للتعاقدين . فيسمح هذا الأسلوب للادارة بأن تحيط بأفضل العروض المقدمة ، ولكن الادارة تتحرر من مبدأ الآلية في اختيار المتعاقدين . وقد وضعه « كود المقود العامة » على قدم المساواة مع أسلوب المناقصات والمزايدات الذى شرحناه فيما سلف . وقد تنوع هذا الأسلوب الى ثلاثة طرق على النحو التالى :

ثانيا : الأسلوب العادى للدعوة الى التعاقد :

«L'appel d'offres ordinaire»

ويقوم هذا الأسلوب على اقامة قدر من المنافسة بين من يرغبون في التعاقد . ويتضمن « كود المقود العامة » نوعين مع هذا الاجراء :

١ - الدعوة الى التعاقد المفتوحة «L'appel d'offres ouvert» والتى تسمح لكل من يريد التعاقد بأن يتقدم بمطائه لجهة الادارة فى خلال المدة المحددة .

٢ - الدعوة الى التعاقد المقيد «L'appel d'offres «restreint»
ويقصر التقدم اليها على من تتوافر فيهم شروط معينة .

وفي الحالتين تتمتع الادارة بحرية شبه مطلقة في اختيار من تتعاقد معه . ولا يخضع القضاء الادارى هذه الحرية لرقابته الا في نطاق « الانحراف بالسلطة » وذلك متى اختارت الادارة للتعاقد من استوفى الشروط القانونية أو المعلن عنها . وقد انتشر هذا الأسلوب في التعاقد على حساب أسلوب المناقصات والمزايدات انماة^(١) .

ثانيا : الدعوة الى التعاقد المصحوبة بمنافسة :

«L'appel d'offres avec concours»

وبمقتضى هذا الأسلوب تقيم الادارة المتعاقدة نوعا من المنافسة بين من يريدون التعاقد ، ولكن دون أن تلتزم بنتيجة هذا الترتيب . وقد نظمت هذا الأسلوب مجموعة العقود الادارية في المواد ٩٨ وما بعدها و ٣٠٢ وما بعدها . وتخول هذه المواد للادارة أن تلجأ الى هذا الأسلوب اذا اقتضت ذلك اعتبارات فنية أو مالية أو جمالية استوجبت القيام بدراسات مسبقة قبل التعاقد . وقد يتطلب التعاقد اعداد مشروع ، أو التقيد بمشروع سبق اعداده ، أو الاثنين معا .

واذا كانت الادارة تحتفظ بحريتها في اختيار المتعاقد الذي تفضله ، فان القضاء الادارى قد أقر بأن الادارة تفقد حريتها تلك اذا اعلنت مسبقا أنها تلتزم باختيار الأول^(٢) .

ثالثا : الدعوة الجماعية للتعاقد^(٣) : «L'appel d'offre collectif»

ويرتبط هذا الأسلوب ، بالنظام الذى أقامه المشرع الفرنسى ، والخاص « بتجميع الطلبات العامة على المستوى المحلى »^(٤) ، ويضع

(١) مؤلف دي لوبادير فى العقود ، طبعة سنة ١٩٨٣ ، ص ٦٤٠ .

(٢) مؤلف دي لوبادير المرجع السابق ، ص ٦٤٤ .

(٣) ويطلق عليها أحيانا «consultation collective»

(٤) «Groupements de commandes publiques à l'échelon local».

(م - ٢١ العقود الادارية)

أحكامه الكتاب الرابع من مجموعة العقود العامة التي أشرنا إليها فيما سبق . ويسمح هذا النظام لمرافق الدولة ، والوحدات المحلية ، والمؤسسات العامة بأن تنسق مشترياتها من بعض المنتجات ، أو طلباتها في مجال بعض الخدمات ، بهدف الحصول على أفضل الأسعار . وينصب ذلك عادة على المواد الغذائية ، والمنتجات الصناعية ، ومواد الوقود ، ومستلزمات الصيانة والنظافة ... الخ .

ولكن الاستشارات السابقة على التعاقد ، لا تكون عقدا ملزما ، ولا تغني عن إبرام عقد وفقا للقواعد العامة . وقد نظمها المواد ٣٧١ وما بعدها من مجموعة العقود العامة ، وتتضمن مرحلتين : الدعوة الى الدخول في المنافسة ، ثم اختيار من تريد الادارة التعاقد معهم :

١ - الدعوة الى الدخول في المنافسة : وقد تكون هذه الدعوة مفتوحة أو مقيدة .

٢ - اختيار المتعاقد : وقد حدد المشرع اجراءات معينة لفتح المظاريف ، وترتيبها ، واختيار من يتقدم بأفضل الشروط ، مع منح الإدارة حرية كبيرة في اختيار المتعاقد أو المتعاقدين .

ثانيا : العقود التي تتم بناء على مفاوضة

«Les marchés négociés»

وينتمي العقد الى هذه الفئة ، وفقا للمادتين ١٠٣ و ٣٠٨ من مجموعة العقود العامة ، اذا أبرم رجل الادارة المختص ، عقدا دون التعقيد بشكليات معينة ، متى رأى أنه يحقق الصالح العام^(١) . الا أن جهة الادارة المختصة ، ملزمة بأن تقيم منافسة بين طالبي التعاقد ، ذات طابع مكتوب ولكن بصورة مختصرة^(٢) . ولقد حلت

(١) «Engage sans formalité les discussions qui lui paraissent utiles et attribue ensuite librement le marché au candidat qu'elle a retenu».

دئ لوبادير ، المرجع السابق ، ص ١٤٧ .

«Une consultation écrite au moins sommaire».

(٢)

تسمية «Les marchés négociés» محل التسمية القديمة «de gré à gré»
فى ٢١ يناير سنة ١٩٧٦ •

ومعظم هذه العقود تتضمن اجراءاتها قدرا من المنافسة ، وان
كان بعضها لا يتطلب اجراء منافسة • وهذا القدر الأقل من المنافسة
يتمثل فى الاتصالات الأولية التى يتعين على الادارة اجراؤها بين
الوحدات المستفيدة من العقد وبين المتنافسين المحتملين لابرام
العقد • وقد يتم ذلك عن طريق وسائل الاعلان المناسبة • أما باقى
هذه الطائفة من العقود ، فلا يشترط من الادارة أن تجرى هذه
الاتصالات قبل التعاقد •

ويستعمل هذا الأسلوب غالبا ، اذا كانت احتياجات الادارة
لا يمكن اشباعها الا عن طريق براءة اختراع معينة «un brevet
d'invention» أو بواسطة أشياء محتكرة ، أو أن تكون المنقولات
المطلوبة موجودة عند حائز وحيد •

وتقوم هذه الطائفة من العقود على مبدأ أساسى هو أن الادارة
حرة فى اختيار المتعاقد وفقا للاعتبارات التى تستقل بتقديرها ،
فى نطاق الضوابط العامة التى أشرنا إليها فيما سلف •

ثالثا : عقود البحوث أو الدراسات «Les marchés d'études»

كان هذا النوع من العقود محل تنظيم خاص لأهميته بمقتضى
مراسيم مستقلة ، ثم أدمجت أحكامه فى مجموعة الأحكام المنظمة
لطرق ابرام العقود العامة ، والتى عدلت أحكامها فى تواريخ لاحقة
أهمها مرسوم ٢١ يناير سنة ١٩٧٦ و ٢١ مارس سنة ١٩٧٨ و ١٠
يناير سنة ١٩٨٠ •

ويميز الفقهاء فى هذا الصدد بين نوعين من هذه العقود :

الأول : ويشمل عقود البحوث والدراسات بمعناها الدقيق
والتي ينصب موضوعها على الدراسات التمهيدية ، وعلى مختلف
الاحتمالات ، وعلى كيفية التنفيذ ، وعلى الجوانب الاجتماعية

والاقتصادية والثقافية ، وعلى الدراسات المتعلقة بالصناعة والخبرة ... الخ^(١) .

والثاني : ويشمل عقود التوصيف «Les marchés de définition» وهي نوع متخصص من عقود الدراسات ، يستهدف الكشف عن الظروف والاحتمالات الخاصة بدراسات ترمع الإدارة اجراءها فيما بعد . وترمي هذه الدراسات الى تحديد الأهداف المراد تحقيقها ، وأنسب الدراسات والوسائل الكفيلة بتحقيق هذه الغايات ، والوسائل الفنية المستخدمة ، والمواد والأشخاص اللازمة لانجاز العمل . كما ترمى هذه الدراسات الى تحديد التكلفة المناسبة للقيام بهذه الدراسات ، ومن أجل انجازها . وثمة نوع متخصص من هذه العقود ، أحاطه المشرع الفرنسي بعناية خاصة وهو المتعلق بالأمور الهندسية والمعمارية . «marchés d'ingénierie et d'architecture» .

وتنظم هذا النوع من العقود المواد ١٠٨ و ٣١٤ من مجموعة العقود العامة . وتبرم العقود المشار اليها بأحد أسويين : أسلوب الدعوة الى التماقد «appel d'offres» أو أسلوب المفاوضة «marché négocié» على النحو السابق توضيحه .

(١) Recherche exploratoire, études de conception, études de faisabilité, .

études socio-économiques ou socio-culturelles, études industrielles, expertise, services de conseil en organisation ... etc.

المبحث الثاني

التعاقد عن غير طريق المناقصة في مصر

الأصل الذي صدر عنه المشرع في مصر ، سواء في ظل القانون الجديد أو القانون الملغى ، هو فرض نظام المناقصات أو المزايدات العامة بالنسبة للعقود التي ذكرها • فالمادة الأولى من القانون الجديد ، في فقرتها الأولى ، تنص صراحة على أن « يكون التعاقد على شراء المنقولات ، وتقديم الخدمات ومقاولات الأعمال ومقاولات النقل عن طريق مناقصات عامة يعلن عنها » • كما أن المادة ٣٠ من ذات القانون تقضى بأن « يكون التصرف بالبيع أو تأجير المقاصف وغيرها عن طريق مزايدة عامة أو محلية أو المطاريف المنفلقة ••• » ولكن هذا الأصل العام ، قد أقام المشرع بجواره استثناءات :

فالمادة الأولى بعد أن أوردت في صدرها الحكم العام السابق ، استطردت قائلة « ويجوز استثناء ، وبقرار مسبب من السلطة المختصة ، التعاقد بأحدى الطرق الآتية : (أ) - المناقصة المحدودة • (ب) المناقصة المحلية • (ج) الممارسة • (د) الاتفاق المباشر ••• »

كما أن المادة ٣٠ من ذات القانون قد تضمنت استثناء من الأصل العام في المزايدات بقولها : « ويجوز عند الضرورة التصرف بالبيع أو الإيجار دون مزايدة إذا لم تزد القيمة على ألف جنيه • وذلك طبقاً للقواعد والاجراءات التي تبينها اللائحة التنفيذية • كما يجوز استثناء - وبقرار مسبب من السلطة المختصة - التصرف بالبيع أو الإيجار عن طريق الممارسة في الحالات الآتية : ١ - الأصناف التي يخشى عليها من التلف ببقاء تخزينها • ٢ - الأصناف التي لم تقدم عنها أية عروض في المزايدات أو التي لم يصل ثمنها إلى الثمن الأساسي • ٣ - حالات الاستمجال الطارئة التي لا تتاح إجراءات المزايدة »

أما عن المناقصة المحدودة ، والمناقصة المحلية ، فهما نوعان معددان من المناقصات يخضعان لأحكامها العامة التي عرضنا لها فيما

سلف ، الا ما نص عليه صراحة من أحكام خاصة • وواضح من استعراض النصوص التي أوردناها أن المشرع قد اشترط في التعاقد بغير المزايدات العامة أو المناقصات العامة شرطين أساسيين هما : ألا يلجأ إليها الا بصورة استثنائية وبقرار مسبب من السلطة المختصة • وشرط التسبب سوف يتضمن بطبيعة الحال ، ذكر الظروف الاستثنائية التي أدت الى المدول عن الطريق الأصلي • ونكتفى في هذا المقام باستعراض الأحكام العامة لطريقى الممارسة والاتفاق المباشر •

الفرع الأول

الممارسة

١ - وقد حدث حالاتها المادة الخامسة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ حيث تقول : « يكون التعاقد عن طريق الممارسة فى الأحوال الآتية : ١ - الأشياء المحتكر صنعها أو استيرادها • ٢ - الأشياء التى لا توجد الا لدى شخص يذاته • ٣ - الأشياء التى لا يمكن تحديدها بمواصفات دقيقة • ٤ - الأعمال الاستشارية أو الفنية التى تتطلب بحسب طبيعتها اجراءها بمعرفة فنيين أو أخصائيين أو خبراء معينين • ٥ - الحيوانات والطيور والدواجن على اختلاف أنواعها المطلوبة لأغراض غير التنفيذية • ٦ - التوريدات ومقاولات الأعمال ومقاولات النقل وتقديم الخدمات التى تتصف بالاستعمال أو التى تقضى المصلحة العامة أن تتم بطريقة سرية أو التى لم تقدم عنها أية عطاءات فى المناقصات أو قدمت عنها عطاءات بأسعار تزيد على أسعار السوق ، وكانت الجهة الطالبة فى حاجة عاجلة لا تسمح بإعادة طرحها فى المناقصة » •

٢ - وتتولى اجراءات الممارسة لجنة تشكل بقرار من السلطة المختصة تضم عناصر فنية ومالية وقانونية حسب أهمية وطبيعة التعاقد ، ويشترك فى عضويتها مندوب عن وزارة المالية اذا جاوزت القيمة عشرين ألف جنيه ، وعضو من مجلس الدولة اذا جاوزت

القيمة مائة ألف جنيه • ويكون تشكيل لجنة الممارسة ، في حالة اجراء الممارسة في خارج الجمهورية ، بقرار من السلطة المختصة ، على أن يشترك في عضوية هذه اللجنة مندوب عن وزارة المالية اذا جاوزت القيمة مائة ألف جنيه • وعضو من مجلس الدولة اذا جاوزت القيمة مائتي ألف جنيه • ولا يكون انمقاد لجنة الممارسة صحيحا - بطبيعة الحال - الا بحضور المندوب والمضو المشار اليهما في الحالات المحددة •

ويجوز للسلطة المختصة تفويض اللجنة المذكورة بالتعاقد مباشرة ان وجدت مبررا لذلك • • ويجب في جميع الحالات أن يكون قرار اللجنة سببيا •

وتسرى على الممارسة الأحكام الخاصة بالمناقصات فيما لم يرد بشأنه نص خاص بها في قانون المناقصات والمزايدات (مادة ٦ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣)

٣ - هذا وقد خول المشرع وزارة الدفاع - في حالات الضرورة - التعاقد بمناقصات محلية أو بالاتفاق المباشر أو الممارسة ، وفقا لأحكام القانون رقم ٢٠٤ لسنة ١٩٥٧ بشأن اعفاء عقود التسليح من الضرائب والرسوم والقواعد المالية • (مادة ٨ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) •

٤ - أما تفاصيل أحكام الممارسة ، فقد أوردها المشرع في المادتين ٤٧ و ٤٨ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة على النحو التالي :
مادة ٤٧ : توجه الدعوة لتقديم العروض في الممارسات بخطابات موصى عليها بعلم الوصول تتضمن البيانات الواجب ذكرها في الاعلان عن المناقصات العامة والمبينة بهذه اللائحة مع تحديد ميعاد أول اجتماع للجنة الممارسة ليحضره الموردون والمقاولون أو مندوبوهم •

ويجب أن توجه الدعوة الى أكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط موضوع الممارسة والمقيدين بسجل الموردين والمقاولين •

كما يجوز الاعلان عن الممارسة وذلك بترخيص من السلطة المختصة بالاعتماد . وتتولى لجنة الممارسة مجتمعة اجراء ممارسة الموردين والمقاولين ومناقشتهم فى جلسات علنية مفتوحة للموردين والمقاولين أو مندوبيهم ، ثم ترفع اللجنة توصياتها بالنتيجة الى السلطة المختصة بالاعتماد ما لم تكن اللجنة مفوضة بالتعاقد مباشرة . ويجب على لجنة الممارسة أن تثبت كافة ما اتخذته من اجراءات ومناقشات فى محضر يتضمن توصياتها . ويوقع عليه من جميع أعضائها .

مادة ٤٨ : تكون اعتماد توصيات لجنة الممارسة من السلطات الآتية :

- ١ - رئيس المصلحة المختص لفاية ٢٠٠٠٠ (عشرين ألف) جنيه .
- ٢ - رئيس الادارة المركزية المختص ٥٠٠٠٠ (خمسين ألف) .
- ٣ - الوزير المختص أو من يمارس سلطاته فيما يزيد على ذلك .

الفرع الثانى الاتفاق المباشر

١ - نصبت على هذا الطريق المادة ٧ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ حيث تقول : « يجوز فى الحالات العاجلة التى لا تحتل اجراء المناقصة ، وبناء على ترخيص من السلطة المختصة ، التعاقد بطريق الاتفاق المباشر فيما لا تزيد قيمته على ألفى جنيه بالنسبة للمشتريات المادية والخدمات ومقاولات النقل ، وأربعة آلاف جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال . كما يجوز التعاقد بهذا الطريق ، لشراء أصناف محتكرة من شركات فى الخارج ، ليس لها وكلاء فى مصر ، فيما لا تزيد قيمته على ثمانية آلاف جنيه » .

كما تنص الفقرة الثانية من المادة ٨ من ذات القانون على أنه « يجوز لوزير التموين (فى حالات الضرورة) شراء مواد التموين اللازمة لحاجة البلاد أو نقلها بمناقصات محلية أو بالاتفاق المباشر ،

وذلك بموافقة رئيس مجلس الوزراء فى كل حالة ، وطبقا لما يقرره من شروط ، وذلك مع عدم الاخلال بالقواعد المعمول بها بالنسبة للهيئة العامة للسلع التموينية » .

وتتضح الصفة الاستثنائية لهذا الطريق من اشتراط المشرع فى المادة السابعة لشروطى الضرورة ، وتحديد القيمة القصوى للمقد . كما تتضح ذات الصفة فى المادة الثامنة من ضرورة موافقة رئيس مجلس الوزراء ، وهو قمة الجهاز الادارى فى الدولة .

٢ - وقد وردت تفاصيل الاتفاق المباشر فى المادتين ٥٠ و ٥١ من اللائحة الجديدة ، على النحو التالى :

مادة ٥٠ : يجب فى حالات الضرورة التى يتم فيها اجراء الشراء او الخدمات او تنفيذ مقاولات النقل او مقاولات الاعمال بطريق الاتفاق المباشر فى حدود احكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ان يكون ذلك بترخيص من رئيس الادارة المركزية او رئيس المصلحة المختص وان تبين فى المستندات الاسباب الملحة التى تقضى باتساع طريق الاتفاق المباشر ، وان يدون الموظف المسئول على مستندات الصرف اقرارا بان الاصناف او الاعمال مطابقة من حيث النوع والموصفات للغرض المطلوبة من اجله وان الاسعار مناسبة .

ويكون اعتماد نتيجة التعاقد بهذا الطريق من السلطات الآتية :

١ - رئيس المصلحة المختص لفاية ١٠٠٠ جنية (الف جنية) بالنسبة للمشتريات العادية وخدمات ومقاولات النقل و ٢٠٠٠ جنية (ألفى جنية) بالنسبة لمقاولات الاعمال و ٤٠٠٠ جنية (اربعة آلاف جنية) بالنسبة لشراء اصناف محتكرة من شركات فى الخارج ليس لها وكلاء فى مصر .

٢ - رئيس الادارة المركزية فيما يزيد على ذلك .

مادة ٥١ : لا يجوز تكرار التعاقد بطريق الاتفاق المباشر اكثر

من مرة واحدة فى السنة الواحدة بالنسبة الى ذات عملية الشراء أو الخدمة أو مقاوله الأعمال أو النقل الا فى حالة الضرورة وبموافقة الوزير المختص .

٣ - هذا وقد نصت المادة ١١٦ من اللائحة الجديدة على أحكام التصرف بالبيع أو التأجير بطريق الممارسة، وأخضعته لذات القواعد والاجراءات والسلطات التى تنظم الشراء بطريق الممارسة والتى أوردناها فيما سلف .

وقد أجازت الفقرة الثانية من المادة ١٢٠ من اللائحة الجديدة ، تأجير المقاصف الموجودة بالجهات الادارية للجمعيات التعاونية التى تضم العاملين بها ، اذا كان ذلك يدخل فى نشاطها بطريق الاتفاق المباشر، وبترخيص واعتماد السلطة المختصة اذالم تزيد القيمة على ألف جنيه فى السنة . ويجب فى جميع الحالات ألا تتجاوز مدة التأجير ثلاث سنوات ، يعاد بعدها النظر فى القيمة الايجارية بمعرفة اللجنة المختصة ، وتتخذ اجراءات التعاقد من جديد فى حدود أحكام لائحة المناقصات والمزايدات .

٤ - ويجب أخيرا على الجهة الادارية البائعة أن تبلغ مصلحة الضرائب بجميع ما يباع من منقولات لغير الوحدات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ، ويجب أن يتضمن التبليغ البيانات الواردة فى المادة ١١٩ من اللائحة المذكورة .

٥ - وقد قررت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٨ مارس سنة ١٩٦٧ (س ١٢ ص ٧٧٨) المبدأين التاليين بخصوص التعاقد عن طريق الممارسة أو الاتفاق المباشر :

أولا - « الأصل فى التعاقد عن طريق الممارسة أو الاتفاق المباشر هو حرية الادارة فى اختيار من يتعاقد معها ، وان كانت هذه الحرية لا ينتفى معها اخضاع عملية الممارسة لتنظيم قانونى معين . وقد التقى الفقه والقضاء الإدارى على أنه مهما بلغت دقة

النظام المقرر لاحدى طرق التعاقد عن طريق الممارسة ، فانه ليس ثمة أسلوب واحد تلتزم به جهة الادارة لاختيار متعاقد معين . وعلى هذا الأساس تتميز طرق التعاقد عن طريق الممارسة ، عن طريق التعاقد عن طريق المناقصات العامة » .

ثانياً - لا يمكن تفسير المادة ١٢٤ من اللائحة (الملقاة) على أنها تحول الممارسة الى مناقصة « اذ أنه من المسلم فى مجال التفسير أن نصوص التشريع الواحد يجب ألا تتناسخ ، بل يتمين تفسيرها باعتبارها وحدة متكاملة يفسر بمضها بمضا على النحو الذى يحقق أعمال جميع النصوص لا اجمال البعض منها » . ولما كان القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات قد سمح للادارة بالالتجاء الى الممارسة ، فان التفسير العكسى يكون متناقضاً معه ، ومع باقى نصوص اللائحة . ومن ثم فان المحكمة الادارية العليا قد فسرت الالتزام الوارد فى المادة ١٢٤ بأنه ينصب على « اتباع الاشتراطات العامة الواردة فى الباب الثانى من اللائحة الخاص بالمناقصات العامة ، بل انها قصدت الى أن تتبع من هذه الاشتراطات ما يتوافق ولا يتعارض مع طبيعة حريتها فى اختيار المتعاقد معها ، ويكون قصارى ما تطلبته هذه المادة اذن هو اتباع الاشتراطات العامة الواردة فى الفصلين الأول والثانى من هذا الباب ، وهى بالذات الاشتراطات المتعلقة بالتأمينات الواردة فى الفصل الثانى منه ضمناً لجدية المطام وتنفيذاً للمقد على حسن وجه ... » ومن حيث أنه يترتب على ما تقدم أن الادارة تظل فى نطاق الممارسة محتفظة بحريتها الكاملة فى اختيار المتعاقد معها » .

ومع التسليم بوجاهة هذا التدليل ، فان عدول الادارة عن صاحب أفضل عطاء ، استناداً الى حريتها فى الاختيار ، لايد أن يقوم على أنبياب جدية تتصل بالصالح العام ، والا كان تصرفاً مشوباً بعبى الانحراف يخضع لرقابة القضاء الادارى .

ملحوظة أخيرة : لما كان المشرع قد أخضع عقوداً بمينها للتنظيمات السابقة فان الادارة تكون حرة فى اختيار طريقة التعاقد فيما

عدها ، وبالتالي فإن التنظيمات السابقة انما تلزم الادارة فى مجال تطبيقها فحسب . أما فى خارج هذا المجال فتسترد الادارة حريتها كاملة . ولكن هذه الحرية تخضع لقيدين كبيرين :

القيد الأول : وهو قيد ملزم ، يهيمن على جميع تصرفات الادارة ، ونعنى به قيد التمسك والانحراف . فالمعروف أن سلطات الادارة فى الوقت الحاضر هى سلطات تقديرية ، لا تحكمية ولا تمسقية . وبالتالي فإن للادارة أن تترخص فى اختيار المتعاقد معها فى حدود الصالح العام . وهى فى ذلك تخضع للرقابة الادارية فى نطاق الادارة ذاتها ، وللرقابة القضائية الموجودة دائماً . وكل هذا مجرد تطبيق للقواعد العامة .

القيد الثانى : ويرجع الى الرقابة الذاتية التى قد تفرضها الادارة مختارة على نفسها ، ذلك أن عدم تنظيم طريقة معينة للتعاقد بالنسبة الى جميع العقود ، لا معنى أن الادارة لا تستطيع أن تلجأ مختارة الى الطرق التى نظمها المشرع لابرام العقود التى أشرنا اليها فيما سلف ، فقد ترى الادارة أن تلجأ مختارة الى طريقة المناقصة أو المزايدة لتكفل الوصول الى أفضل الشروط المالية أو الفنية . وقد رأينا فى فرنسا ، أن التجار الادارة الى طرق المزايدة أو المناقصة وفقاً للقواعد التى يضمنها المشرع أو القواعد التى ترسمها الادارة ذاتها ، لا معنى أن تفقد الادارة حريتها كلية ، بل يترتب عليه أن تلتزم الادارة باحترام القواعد والاجراءات المقررة للطريقة التى تتبعها ، مع بقاء حريتها النهائية فى اختيار المتعاقد من بين الذين تسفر عنهم المناقصة أو المزايدة . فالادارة فى هذه الحالة تكون مقيدة فى الاجراءات حرة فى الاختيار . ولقد سبق أن أوردنا حكم محكمة القضاء الادارى المصرى الصادر فى ٦ يناير سنة ١٩٥٧ ، والذى طبقت فيه المحكمة المبادئ السابقة ، فبعد أن ذكرت أن القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ لا تسرى أحكامه الا بالنسبة الى عقود معينة ، استطلعت قائلة : « . . . فإذا أرادت الادارة أن تتبع نظام

المزايدة بالنسبة له (عقد من العقود التي لا تخضع للقانون السابق)
فإنها (الادارة) إنما تطبق المبادئ الأساسية التي تخضع لها المزايدة
العامة ، من حيث استهدافها بما في نصوص القانون رقم ٢٣٦ لسنة
١٩٥٤ من التزام نظام محدد بخصوص تشكيل لجان فتح المظاريف
وفحص المطامات ، على ألا يكون من نتيجة اتباع هذه الأنظمة بتقييد
حرية الادارة في الغاء المزايدة اذا بدالها عدم ملامتها ، وأن يكون
لها حق الاعتراض على تنفيذها ٠٠٠ مما يستوجب أن يترك للادارة
سلطة تقديرية في ابرام العقد ٠٠ »

ولا شك أن الادارة في مصر تستطيع أن تستهدى بطرق الممارسة
المختلفة في فرنسا والتي أشرنا إليها فيما سلف .

الباب الثاني

كيفية إبرام عقود الإدارة

١ - رأينا في الباب الأول كيف تختار الإدارة المتعاقدين معها ، ولمسنا كيف قيد المشرع سلطاتها في هذا الصدد . والواقع أن المشرع لم يقيد الإدارة فيما يتعلق بكيفية اختيار المتعاقدين فحسب ، بل فرض عليها كثيرا من القيود يمتدح عليها مراعاتها من أول خطوة من خطوات التعاقد حتى إبرام العقد .

٢ - وقد أتيح لمحكمة القضاء الإداري المصرية أن تبرز تلك الفكرة في بعض أحكامها، تكتفي منها بحكمها الصادر في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (س ١١ ، ص ١٠٦) والذي تقول فيه : « ان النظرية القانونية العامة في العقود الإدارية ، تبدأ على غرار مثيلتها في العقود المدنية بالتقصي عن شروط تكوين العقد الإداري ، ومن بعدها يبحث عن شروط صحة انعقاد العقد وطرائقه من حيث اختيار الطرف المتعاقد مع الإدارة واعداد شروط التعاقد . وتتكون العقود التي تبرمها الإدارة في العادة من عملية أكثر تعقيدا منها في العقود المبرمة بين الأفراد . ويبرز أشد أنواع هذا التعقيد بوجه خاص في الشق المتعلق بالتعبير عن ارادة جهة الإدارة التي تكون طرفا في العقد الإداري كما يتكون العقد المدني من تلاقي رضاء كل من الطرفين المتعاقدين برضاء الآخر ، وإذا كان التعبير عن ارادة المتعاقدين مع جهة الإدارة يشبه في بساطته التعبير الصادر منه في نطاق القانون الخاص ، الا أن التعبير عن ارادة جهة الإدارة غالبا ما يتم في شكل عملية مركبة معقدة متشابكة ، وقد تكون على مراحل متعددة ، وفي فترات متلاحقة على حسب الأحوال . وعادة ما يسبق ذات التصرف الذي يتم بمقتضاه إبرام العقد الإداري طائفة من الاجراءات والتدابير التي تمهد وتهيئ لمولد ذلك التصرف الذي قد تعقبه طائفة

أخرى من تدابير واجراءات التصديق والاعتماد اللازم لإبرام العقد ،
وتكون مكملة له مستهدفة أعمال أحكامه وتطبيق بنوده . وطبيعى أن
يكون إبرام العقد الإدارى مسبقا فى العمل بمرحلة تحضيرية تدور
خلالها المباحثات والمفاوضات . وهذا التبادل لوجهات النظر بين
الطرفين الراغبين فى إبرام العقد ، لا يمكن أن يولد فى حد ذاته
رابطة عقدية « . »

وعادت المحكمة الى تكرار المبادئ السابقة بشكل أكثر تفصيلا
فى حكمها الصادر فى ٢٠ يونية سنة ١٩٥٧ حيث تقول : « ان للعقد
الإدارى خصائص فى إبرامه تختلف عن أحكام القانون الخاص ، اذ
ترد فيه على حرية الأشخاص المعنوية العامة قيود : منها ما يتعلق
بشكل العقد وموضوعه ، والنصوص التى تتضمنه . ومنها ما يتعلق
بحرية اختيار الشخص الذى تريد جهة الادارة التعاقد معه ، ذلك
بأنه يشترط لإبرام بعض العقود استفتاء هيئات نص عليها القانون ،
ويشترط فى البعض الآخر عرضها على الهيئة التشريعية ، وصدور
قانون بشأنها . يضاف الى هذا أن الأشخاص المعنوية تتقيد بنصوص
معينة تفرضها القوانين واللوائح ، وعليها كذلك أن تسلك سبلا معينة
للتعاقد ، وتتبع اجراءات خاصة من شأنها ضمان اختيار المتعاقد .
كما أن مع العقود الادارية ما يجب - مع حيث الشكل - أن يكون
مكتوبا حتى يتيسر تضمينه الشروط الاستثنائية التى تميزه عن
عقود القانون الخاص (١) « . »

٣ - ولقد خصصنا الباب الأول من هذا القسم لدراسة القيود
التي ترد على حرية الادارة فى اختيار المتعاقد . وفى هذا الباب
الثانى ندرس سائر القيود الأخرى التى تسبق الرابطة التعاقدية .
ونلفت النظر هنا أيضا الى أن هذه القيود ليست مقصورة على العقود
الإدارية بمعناها الفنى الدقيق ولكنها تشمل عقود الادارة بصفة
علمة .

(١) القضية رقم ٢٤٨٠ لسنة ٩ قضائية وزارة التموين ضد عبده سلوت .

ونرى أن نقوم بتلك الدراسة على النحو التالي :

- ١ - القيود السابقة على التعاقد .
- ٢ - عملية التعاقد فى ذاتها .
- ٣ - دور الشكل فى مجال العقود الادارية .

المبحث الأول

القيود السابقة على التعاقد

تتبلور هذه القيود فى اجراءات يتمين على الادارة أن تمر بها قبل أن تستطيع إبرام العقد . وتلك القيود عديدة يمكننا أن نتناول أهم صورها فيما يلى :

الفرع الأول

الاذن المالى

١ - لا تستطيع الادارة أن تتعاقد ، وأن تلتزم بمبالغ معينة الا اذا وجد الاعتماد المالى اللازم لمواجهة الأعباء الجديدة^(١) . وهذه القاعدة ليست مقصورة على نشاط الادارة المتعلق بالعقود الادارية ، ولكنها تشمل كل نشاط ادارى تقوم به الادارة ، ويترتب عليه التزام بدفع مال . واذا كان القانون المالى وثيق الصلة بالقانون الادارى فان المسلم به - وفقا للنظرة الفرنسية التى تأخذ بها فى مصر - أن القانون المالى مستقل عن القانون الادارى^(٢) . ويترتب على ذلك

(١) «l'existence des crédits budgétaires régulièrement ouverts».

(٢) راجع فى هذا الخصوص « مالية الدولة - للدكتور محمد حلمى مراد » طبعة سنة ١٩٥٧ ص ٢٠ حيث يقول :

« وقد حدث هذه العلاقات القائمة بين كل من مالية الدولة وبين القوانين الادارى والدستورى باليخص الى اعتبار دراسة المالية فرعا من فروع القانون العام ، ولكن هذا الرأى محل نظر ... الأمر الذى يجعل من التشريع المالى فرعا مستقلا له ذاتيته الخاصة وله قواعده وتفسيراته وأهدافه التى تختلف عن أساليب وتفسيرات وأهداف القوانين الأخرى ... »

(م - ٢٢ العقود الادارية)

نتيجة بالغة الأهمية ، وهي أن جزاء مخالفة القواعد المالية مقصور على نطاق القانون المالى^(١) .

٢ - ويرتب القضاء الفرنسى على الفصل بين مجالى كل من القانونين المالى والادارى النتيجةين الهامتين التاليتين :

النتيجة الأولى : أن مخالفة الادارة للقواعد الخاصة بالاعتماد المالى لا يترتب عليها بطلان التصرف الادارى . ومن ثم فان الادارة اذا تماقت برغم عدم وجود اعتمادات مالية فان العقيد يكون سليما وملزما للادارة فى مواجهة الأفراد ، سواء أكان الاعتماد غير موجود كلية أو كانت الالتزامات التعاقدية تزيد على المبلغ المسموح به^(٢) . وبهذا المبدأ يقضى مجلس الدولة الفرنسى ، اذ يجرى باستمرار على الفام امتناع الادارة عن الوفاء بالتزاماتها التعاقدية بحجة مخالفة الادارة للقواعد المتعلقة بالاعتمادات المالية^(٣) .

ولكن عدم وجود الاعتماد المالى يترتب عليه أثر عملى هام فى مواجهة المتعاقد مع الادارة ، ذلك أنه لا يستطيع إجبار الادارة على الوفاء بالتزاماتها التعاقدية الا بعد تدبير المبالغ اللازمة لذلك بالطرق المشروعة المقررة^(٤) .

ويبرر الفقهاء هذه النتيجة التى يقول بها القضاء ، بالاستناد الى حالة الاستعالة التى يتواجد فيها المتعاقد مع الادارة ، من حيث عدم

(١) مؤلف الأستاذ دى لوبادير فى العقود ، المرجع السابق ، الجزء الأول ص ١٤٣ وما بعدها . وراجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢٨ مارس سنة ١٩٢٤ فى قضية «Jaurou» منشور فى مجموعة «دالوز سنة ١٩٢٤ القسم الثالث» ص ٢٩ مع تقرير «M.R. Meyer» .

(٢) مؤلف جيز فى العقود ، الجزء الأول ص ١٥ ، ومؤلف الفقيهين لافريير وفالين بعنوان : «Traité élémentaire de science et de législation financières» ص ١٥٤ .

(٣) على سبيل المثال حكمه الصادر فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ فى قضية «Dame Baudoin» المجموعة ص ١٠٢٩ .

(٤) حكم المجلس الصادر فى ٤ فبراير سنة ١٩٤٩ فى قضية «Villaret» المجموعة ، ص ٥٢ .

امكان تأكده مقدما من وجود الاعتمادات المالية ، وأن الإدارة المتعاقدة معه قد احترمت القواعد المتعلقة بها .

ولقد أتيح للمحكمة الادارية العليا في مصر أن تأخذ بالقواعد السابقة . ففي حكمها الصادر في ١١ فبراير سنة ١٩٥٦ تقول : « . . فالثابت في فقه القانون الإداري أن العقد الذي تبرمه الإدارة مع الغير كمقدد مع عقود الأشغال العامة أو التوريد مثلا ، يتمتع بصحيا ، وينتج آثاره حتى ولو لم يكن البرلمان قد اعتمد المال اللازم لهذه الأشغال أو حتى لو جاوزت الإدارة حدود الاعتماد أو لو خالفت الغرض المقصود منه أو لو فات الوقت المحدد لاستخدامه ، فمثل هذه المخالفات - لو وجدت من جانب الإدارة - لا تمس صحة العقد ولا نفاذه ، وإنما تستوجب المسؤولية السياسية . وعلة ذلك ظاهرة ، وهي أن هذه العقود الادارية التي تبرمها الإدارة مع الغير هي روابط فردية ذاتية ، وليست تنظيمية عامة . ويجب من ناحية حماية هذا الغير . ومن ناحية أخرى عدم زعزعة الثقة في الإدارة . فليس في مقدور الفرد الذي يتعاقد معها أن يعرف مقدما إذا كان قد صدر اعتماد أو لم يصدر ، وما إذا كان يسمح بإبرام العقد أو لا يسمح ، وما إذا كان العقد في حدود الغرض المخصص له الاعتماد أو ليس في حدود الغرض ، فكل أولئك من الدقائق التي يتعذر على الفرد العادي ، بل المريض ، التعرف عليها . ولو جعل صحة العقود الادارية أو نفاذها رهنا بذلك ، لما جازف أحد بالتعاقد مع الإدارة ، ولتعمطل سير المرافق العامة » (١) .

ويجب أن يضاف الى ما تقدم ، أن الإدارة المتعاقدة ترتكب خطأ حين تتعاقد مع عدم احترام القواعد المتعلقة بالمالية العامة ، وأنها مسؤولة عن هذا الخطأ على أية حال .

(١) مجموعة أحكام المحكمة الادارية العليا ، السنة الأولى ، ص ٦٩٨ . ولكن المحكمة لم تبطل القامدة السابقة بالنسبة الى نفاذ القرارات الادارية التنظيمية الصادرة في شئون الموظفين . ولقد ناقشنا هذه المشكلة في مؤلفنا « النظرية العامة للقرارات الادارية » في طبعاته المتعددة .

النتيجة الثانية : أن اعتماد المبالغ اللازمة للتعاقد - في الحالات التي يتعين فيها على جهة الادارة المتعاقدة الحصول على هذا الاعتماد مقدما - لا يلزم الادارة بالتعاقد ، وذلك سواء اكان الاعتماد يصدر في صورة قانون من البرلمان ، أو قرار من مجلس من المجالس - فبرغم صدور الاعتماد ، فان جهة الادارة المتعاقدة تستطيع أن تعدل عن التعاقد اذا وجدت أن المصلحة العامة تقتضى ذلك . ففتح الاعتماد ليس الا مجرد اذن غير ملزم بالصرف .

وهذه القاعدة ليست في الواقع مقصورة على مجال العقود الادارية ، ولكنها قاعدة عامة ، فوجود الاعتمادات المالية في ميزانية ادارة من الادارات ، لا يعنى الزام هذه الادارة بالصرف ، بل تحتفظ تلك الادارة - كقاعدة عامة ، وما لم يرد نص مخالف في تشريع من التشريعات - بسلطتها التقديرية في استخدام تلك الاعتمادات في الغرض الذي خصصت له .

ومن ثم فان وجود الاعتماد المالى لا يرتب بذاته التزاما في جانب الادارة ، وانما يوجد هذا الالتزام حين تتدخل الادارة ، وتعتبر مع ارادتها ، باستخدام الاعتماد في تحقيق الغرض الذى رصد الاعتماد من أجله^(١) . على أنه من الواجب أن نذكر ملحوظة أساسية في هذا الصدد ، وهى المتعلقة باخضاع بعض الجهات الادارية ذات الاستقلال الذاتى لوصاية السلطة المركزية ، فالمجالس المحلية (مجالس المحافظات والمراكز والمدن والأحياء والقرى) ، تستطيع التعاقد والتصرف بشئ من الاستقلال تحت رقابة السلطة الادارية المركزية . ويخول المشرع جهة الوصاية ، فى حالات استثنائية ، حق الحلول محل السلطات اللامركزية اذا قصرت فى القيام بتصرف معين يرى المشرع

(١) جاء فى حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٣ فى قضية «Chambre Syndicale des industries de chasses» قوله :

«Si le budget de la défense nationale comporte, depuis 1948 les crédits nécessaires pour la fabrication de cartouches de chasse par la poudrerie de S. en vue de leur vente au public, le vote de ces crédits n'a pas eu pour effet d'exiger légalement en service public la dite fabrication».

الزامها بالقيام به . وقد وردت مثل هذه الحالات فى قوانين مجالس المديریات والمجالس البلدية القديمة ، وفى القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٦٠ ، وفى القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٥ باصدار قانون نظام الحكم المحلى ، وفى القانون الحالى رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ (المعدل) فالمادة ١٢١ (معدلة) من القانون الأخير توجب ادراج المبالغ الآتية بمشروعات موازنات المحافظات اذا أغفلت ادراجها كلها أو بعضها :

١ - الالتزامات التى تكون المحافظة أو احدى وحدات « الحكم المحلى » فى نطاقها ملتزمة بها .

٢ - الاستخدامات التى يفرضها هذا القانون أو أى قانون آخر .

٣ - مصروفات الادارة أو الصيانة اللازمة لحسن سير المرافق والمنشآت أو الأعمال التى تتولاها المحافظة أو وحدات « الحكم المحلى » فى نطاق المحافظة .

ففى هذه الحالات تصبح جهة الادارة اللامركزية ملزمة بانفاق المبالغ التى أدرجتها الادارة المركزية - باعتبارها جهة الوصاية - فى الفرض الذى خصصت من أجله ، ويتمين بالتالى التعاقد اذا كان اتفاق تلك المبالغ يستلزم إبرام عقود ادارية أو غير ادارية .

الفرع الثانى

ضرورة الحصول على تصريح بالتعاقد

١ - يستلزم المشرع بالنسبة الى بمض العقود الهامة ، ضرورة حصول جهة الادارة المتعاقدة على تصريح أو اذن بالتعاقد من جهة يحددها بحيث لا تستطيع الادارة التعاقد كلية بدون هذا الاذن .

وهنا يختلف الاذن عن شرط الاعتماد المالى . فلقد ذكرنا فيما سلف أن وجود الاعتماد المالى ليس شرطاً لسلامة التعاقد . وليس هذا هو الشأن بالنسبة الى شرط الحصول على الاذن بالتعاقد . ذلك أنه حيث يشترط المشرع ضرورة لحصول على هذا الاذن ، يكون هذا

الاذن ضروريا لقيام الرابطة التعاقدية ، بمعنى أن تعاقد الادارة دون الحصول على هذا الاذن ، يؤدي الى بطلان العقد بطلانا مطلقا « nul d'une nullité absolue » ذلك أن المسلم به في الفقه الادارى الفرنسى أن القواعد الخاصة بضرورة التصريح السابق ، هى قواعد متعلقة بالنظام العام « des règles d'ordre public » لقيامها على أسباب جوهرية تتصل بالصالح العام اتصالا وثيقا ، ومن ثم فلا يمكن مقارنتها بالقواعد المقررة لحماية ناقصى الأهلية فى القانون الخاص^(١) .

وبهذا المبدأ أخذ قسم الرأى بمجلس الدولة المصرى ، اذ جاء فى احدى فتاويه الخاصة بضرورة موافقة البرلمان على العقود التى تتضمن تبرعا من جانب الدولة قوله : « ... فاذا كانت السلطة التشريعية وهى سلطة مستقلة عن السلطة التنفيذية لم تعبر عن رأيها ، فان ارادة الدولة لا تكون حينئذ مميبة فحسب ، وانما تكون منسجمة اطلاقا ، اذ أن انفراد السلطة التنفيذية الممثلة فى مجلس الوزراء بالتعبير عن ارادة الدولة فى عقد التبرع ، يعتبر منها طغيانا عن السلطة التشريعية لعدم ارادة الدولة . ومتى انضمت الارادة التى تعتبر العنصر الأساسى فى تكوين العقد كان العقد باطلا بطلانا مطلقا لا وجود له فى نظر لقانون ، وانما هو واقعة مادية بحت ، وبالتالي يسقط هذا العقد مع ما يترتب على ذلك من آثار^(٢) » .

(١) جيز - مؤلفه السابق ص ٢١ و ٣١ ، ودى لوبادير ، المرجع السابق ، ص ١٤٧ .

(٢) فتوى فى ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٥٤ ، مجموعة فتاوى المجلس ، السنة الثامنة ومنتصف التاسعة ص ٢٢٦ .

وقد استطرده الفتوى تقول : « ... الا أن هذه الآثار « آثار الانعدام » تلقى عند الآثار المستقبلية دون الماضية ، لأن هذه الأخيرة لا يمكن المساس بها تأسيسا على حسن نية الطرف الآخر وعدم مسئوليته عن خطأ الدولة . هذا البطلان لا تصححه الاجازة حتى ولو كانت بقانون . ومن ثم اذا رأت الدولة - تبعا لتقديرها - اعطاء احدى الجمعيات قطعة ارض بايجار اسمى ، فلها أن تصدر قانونا بابرام عقد جديد مع الجمعية المذكورة ... » واعتبرت الفتوى أن هذا المبدأ ، مبدأ دستوريا لا يسقط بسقوط الدستور .

وراجع فتاوى رقم ٣٦٠ الصادرة فى ١٧ يوليو سنة ١٩٥٤ ، بذات المعنى السابق ، فى خصوص منح التزامات المرافق العامة ، المجموعة السابقة ، ص ٤٦ . وهى فتوى قسم الرأى مجمعا .

وفي فتوى أخرى ، يؤكد قسم الرأى أن عدم احترام الادارة لنص المادة ١٣٧ مع دستور ١٩٢٣ ، وتعاقد الادارة على استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية بلا اذن سابق من البرلمان ، يجعل الترخيص « باطلا بطلانا مطلقا » - ويرد القسم على وجهة النظر الأخرى والقائلة « بأن التصرفات التى تبرم بغير اذن البرلمان مع وجوب عرضها عليه تبقى نافذة لازمة ، ولا يكون هناك سوى المسئولية السياسية للوزارة ، أو الوزير » يقول القسم : « ان الاختصاص فى القانون العام ، يقابل الأهلية فى القانون الخاص - وكما يشترط لكى يكون التصرف الفردى صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية أن يكون المتصرف متمتعاً بالأهلية القانونية لبرامه ، كذلك يشترط لصحة التصرف الإدارى أن يكون الموظف الذى يصدر منه هذا التصرف مختصاً ، وأن يكون موضوعه جائزاً ومشروعاً ، وأن تراعى فيه الشروط الشكلية التى ينص عليها القانون - على أن الاختصاص فى القانون العام أضيق نطاقاً من الأهلية فى القانون الخاص ، اذ الأصل فى القانون الخاص أن الشخص ذو أهلية ما لم ينص القانون على عكس ذلك ، أما فى القانون العام ، فالأصل أن الموظف غير مختص بها الا بالنسبة الى المسائل التى ينص على اختصاصه بها - وفى الحالة المعروضة لا اختصاص للسلطة التنفيذية فى الترخيص باستغلال الثروة الطبيعية ، فالتزامها باطل بطلانا مطلقاً لعدم اختصاصها به ، ومن ثم لا يترتب على هذا الالتزام الباطل أثر » (١) -

ولما كان العقد الذى تبرمه الادارة دون الحصول على الاذن السابق معدوماً من الناحية القانونية ، فان التعاقد مع الادارة لا يستطيع أن يتمسك به فى مواجهة الادارة فى هذه الحالة كما هو الشأن فى حالة عدم وجود الاعتماد المالى - ولكن هذا لا يعنى أن

(١) واستطرد القسم قائلاً : « أما المسئولية السياسية امام البرلمان ، فهى لا ترد الا بالنسبة الى تصرفات تصدر من الوزير صحيحة فى حدود اختصاصه ، ويؤخذ عليها عدم ملائمتها أو عدم اتفاقها مع الصالح العام » -
فتوى القسم رقم ١٦٢ فى ١٨/٥/١٩٥٠ ، مجموعة الأستاذ أبو شادى ، ص ٨٦

الفرد لا يستطيع الحصول على التعويض إذا لحقه ضرر من جراء تماقد الإدارة على خلاف المقرر . فالمسلم به أن الفرد هنا لا يستطيع أن يرجع على أساس الرابطة التماقدية ، لأن هذه الرابطة لم توجد كلية ، ولكنه يستطيع أن يرجع على الإدارة اما على أساس الخطأ «base quasi-délictuelle» باعتبار أن الإدارة قد أخطأت بعدم الحصول على الاذن ، وأن خطأها هذا قد حمل المتماقد اضرارا مادية أو معنوية .
واما على أساس قاعدة الاثراء بلا سبب «enrichissement sans causes» اذا استطاع أن يثبت أن الإدارة قد أفادت من جراء تنفيذ العقد المدوم .

أما اذا كان الفرد قد استفاد من العقد المدوم ، فلقد رأينا أن مجلس الدولة المصري قد أفتى بأن آثار العقد المدوم والتي تمت في الماضي « . . لا يمكن المساس بها تأسيسا على حسن نية الطرف الآخر وعدم مسئوليته عن خطأ الدولة » .

كما أن المجلس قد أفتى أيضا بأنه لا سبيل الى تصحيح العقد المدوم للسبب السابق ، وأن كانت الإدارة تستطيع أن تبرم عقدا مبتدأ مع احترام القواعد المقررة ، فتنشأ الرابطة التماقدية لأول مرة^(١) .

٢ - وهنا أيضا - وكما هو الشأن بالنسبة الى الاعتماد المالى - اذا كان اذن البرلمان ضروريا ، فان الإدارة بعد الحصول على هذا الاذن ، تحتفظ بحريتها فى اتمام الرابطة التماقدية أو عدم اتمامها طبقا لمقتضيات الصالح العام . وبهذا المعنى أفتى قسم الرأى مجتمعا فى ١٩٥٣/١/٢٥ حيث يقول : « ويرى قسم الرأى مجتمعا أن عقد الترخيص بالبحث لا يتم الا بعد صدور قبول مع الوزير المختص للايجاب الصادر من طالب الترخيص ، وأن هذا القبول لا يكون الا بناء على الاذن من البرلمان فى ذلك . والقانون الصادر من البرلمان

(١) الفتوى المشار اليها فى الهامش السابق .

متضمنا هذا الاذن ، وان كان شرطا لا يبرام العقد ، الا أنه غير ملزم للسلطة المختصة بالمنح ، فيبقى لهذه السلطة دائما أن تترخص في تقدير ملائمة منح الترخيص من عدمه بما لها من حق الاشراف والرقابة على حسن استغلال موارد الثروة الطبيعية في البلاد^(١) » .

٣ - ويأخذ الاذن في الحالات السابقة ضورا متمدة : فقد يصدر من البرلمان في صورة قانون ، وهذه أقوى صور الاذن على الاطلاق ، وقد لا يفرغ في صورة قانون . وقد يكون الاذن في صورة قرار جمهوري أو قرار من مجلس الوزراء أو من الوزير أو من أية جهة ادارية أخرى . والمسلم به أن الحكم واحد في جميع الحالات السابقة . وفيما يلي نعرض لبعض العقود التي يتطلب فيها الاجراء السابق ، لا سيما العقود التي يشترط فيها المشرع موافقة البرلمان .

أولا : العقود التي يشترط أن يأذن البرلمان للإدارة بإبرامها :

يجرى تقليدنا الدستوري منذ مدة طويلة ، وحتى قبل صدور دستور سنة ١٩٢٣ ، على ضرورة موافقة البرلمان قبل إبرام بعض العقود الهامة . ولقد تجلى هذا الاتجاه في بعض مواد الدستور سنة ١٩٢٣ وما يقابلها من دساتير سنة ١٩٥٦ وسنة ١٩٦٤ وسنة ١٩٧١ على النحو التالي :

دستور سنة ١٩٢٣ :

مادة ١٣٦ - « لا يجوز تقرير معاش على خزانة الحكومة أو تمريض أو اعانة أو مكافأة الا في حدود القانون » .

مادة ١٣٧ - « لا يجوز عقد قرض عمومي ولا تعهد يترتب عليه انفاق مبالغ من الخزانة في سنة أو سنوات مقبلة الا بموافقة البرلمان » .

وكل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور العامة ، وكل احتكار لا يجوز الا بقانون وإلى زرع محدود » .

(١) مجموعة الأستاذ سمير أبو شادي ، ص ٩٦ .

يشترط اعتماد البرلمان مقدما في انشاء أو ابطال الخطوط الحديدية والطرق العامة والترع والمصارف وسائر أعمال الري التي تهم أكثر من مديرية ، وكذلك كل تصرف مجاني في أملاك الدولة » .

دستور سنة ١٩٥٦ :

مادة ٩٦ - « لا يجوز للحكومة عقد قرض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه اتفاق مبالغ من خزانة الدولة في سنة أو سنوات مقبلة الا بموافقة مجلس الأمة » .

مادة ٩٧ - « يمين القانون قواعد منح المرتبات والمعاشات والتعويضات والاعانات والمكافآت التي تقرر على خزانة الدولة ، وينظم حالات الاستثناء والسلطات التي تتولى تطبيقها » .

مادة ٩٨ - « ينظم القانون القواعد والاجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، كما يبين أحوال التصرف بالمجان في المقاررات المملوكة للدولة وفي أموالها المنقولة والقواعد والاجراءات المنظمة لذلك » .

مادة ٩٩ - « لا يجوز منح احتكار الا بقانون والى زمن محدود » .

دستور سنة ١٩٦٤ :

مادة ٧٢ : « لا يجوز للحكومة عقد قرض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه اتفاق مبالغ من خزانة الدولة في سنة أو سنوات مقبلة الا بموافقة مجلس الأمة » .

مادة ٧٣ : « يمين القانون قواعد منح المرتبات والمعاشات والتعويضات والاعانات والمكافآت التي تقرر على خزانة الدولة ، وينظم حالات الاستثناء منها ، والسلطات التي تتولى تطبيقها » .

مادة ٧٤ : « ينظم القانون القواعد والاجراءات الخاصة بمنح الالتزام المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، كما يبين أحوال التصرف بالمجان في المقاررات المملوكة للدولة ،

والنزول عن أموالها المنقولة ، والقواعد والاجراءات المنظمة لذلك » .

دستور سنة ١٩٧١ :

وقد أورد المواد الثلاث السابقة في صياغة مختلفة قليلا حيث يقول :

مادة ١٢١ : « لا يجوز للسلطة التنفيذية عقد قروض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه انفاق مبالغ من خزانة الدولة في فترة مقبلة الا بموافقة مجلس الشعب » .

مادة ١٢٢ : « يعين القانون قواعد منح المرتبات والمعاشات والتعويضات والاعانات والمكافآت التي تقرر على خزانة الدولة . وينظم حالات الاستثناء منها والجهات التي تتولى تطبيقها » .

مادة ١٢٣ : « يحدد القانون القواعد والاجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، كما يبين أحوال التصرف بالمجان في المقاربات المملوكة للدولة والنزول عن أموالها المنقولة والقواعد والاجراءات المنظمة لذلك » .

هذا ولقد سبق لنا - عند دراسة العقود الادارية المسماة الهامة - أن عرضنا لهذا الموضوع بمناسبة عقد الامتياز ، وأوضحنا ما انتهى اليه الرأي في ظل دساتير مصر المتعاقبة حتى الآن .

ونتناول هذا الموضوع هنا من الناحية العامة :

وأول ما يلاحظ في هذا الصدد أن التقليد كان يجرى في ظل دستور سنة ١٩٢٣ على أن يغير البرلمان عن ارادته في صورة قانون . وبالتالي فلقد كان من المتعين أن يكون الاذن الصادر من البرلمان - باجازة التعاقد - في الحالات التي يتمين فيها الحصول على موافقة البرلمان ، مفرجا في صورة قانون .

أما دستور سنة ١٩٥٦ فقد التزم خطة أخرى ، فلم يشترط القانون صراحة الا في حالة واحدة ، وهي حالة منح احتكار . أما في

غيرها فقدد أحوال الى قانون لتنظيم كيفية التصرف . وهذه الاحالة تمكن المشرع من اصدار قانون يخول الادارة التعاقد مباشرة ، فى الحدود التى يضعها لها التشريع . وقد جرى التطبيق العملى فى ظل دستور سنة ١٩٥٦ على خطة تفابير الخطة التى سار عليها العمل فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ ، ذلك أن التطبيق العملى قد كشف لنا أن واضع دستور سنة ١٩٥٦ قد أرادوا المعنى الحرفى الوارد فى ذلك الدستور ، مع التمييز بين الاصطلاحين « بقانون » و « بموافقة مجلس الأمة » وأنهم قصدوا بالموافقة مجرد الموافقة ، دون حاجة لأن تفرغ هذه الموافقة فى صورة قانون كما كان الشأن فى الماضى . اتبع هذا المسلك فيما يتعلق بالميزانية والاعتمادات الاضافية^(١) . وواضح أن ما يسرى على الميزانية والاعتمادات الاضافية ، يسرى على كل أمر يكتفى فيه الدستور بمجرد « موافقة » مجلس الأمة . وقد استمر هذا التقليد فى ظل دستورى سنة ١٩٥٨ وسنة ١٩٦٤ .

ولقد انتقدنا ومازلنا هذا المسلك الجديد ، لأنه لا يقدم كثيرا من الناحية العملية ، ذلك أن اشتراط موافقة البرلمان تنتهى عملا الى ما يساوى افراغ الموافقة فى صورة قانون ، لأن القانون لا يعنى بعد الحصول على موافقة البرلمان الا بعض اجراءات تستقل بها الادارة ، كتصديق رئيس الجمهورية والنشر . كما أن النظام القانونى للأعمال التى يجب أن يوافق عليها البرلمان لا يختلف كثيرا عن التشريعات باعتبار أنها من قبيل الأعمال البرلمانية التى لا تختص المحاكم بالنظر فيها^(٢) . ولهذا فأننا نرحب بمودة دستور سنة ١٩٧١^(٣) الى تقاليدنا القديمة التى تقوم على اصدار الميزانية بقانون ، اذ نصت الفقرة الثالثة من المادة ١١٥ منه على أن تصدر الميزانية بقانون ، وكان يكتفى - وفقا للتقليد السابق - بمجرد

(١) راجع مناقشتنا لهذا الموضوع فى « مبادئ القانون الدستورى » ص ٢٨٧ وما بعدها .

(٢) راجع فى التفاصيل مؤلفنا « القضاء الادارى » وقد سبقت الاشارة اليه .

(٣) الذى شاركنا فى اعداده .

موافقة البرلمان عليها • فهل يتبع ذات المسلك بالنسبة الى الأمور التي
يتمين أن يوافق عليها البرلمان ؟ لا بد من انتظار التقاليد البرلمانية
فى هذا الصدد •

٤ - هذا وبالرجوع الى مسلك مجلس الدولة المصرى فى هذا
الصدء خلال فترة الانتقال التى أعقبت سقوط دستور سنة ١٩٢٣ ، نجد
أنه قد أفتى بأن مبدأ عدم التبزع بأموال الدولة الا بموافقة السلطة
التشريعية لا يسقط بسقوط دستور سنة ١٩٢٣ • ذلك أن سقوط
دستور سنة ١٩٢٣ لا يعنى سقوط المبادئ الدستورية العامة ، ومن
هذه المبادئ حق السلطة التشريعية فى مراقبة السلطة التنفيذية فى
التصرف فى أموال الدولة واشتراكها فى ابرام هذا التصرف أن كان
تبزعا • واذا كانت الحكمة مع وجود هذه الرقابة غير قائمة الآن
لتركيز السلطة التشريعية فى مجلس الوزراء ، وهو يعينه السلطة
التنفيذية ، فانه يجب المحافظة على هذا المبدأ مع الناحية الشكلية ،
طالما أن مجلس الوزراء عبر عن ارادته فى التفريق بين القرارات
والقوانين وكلها تصدر منه ، والا لما كنا فى حاجة لاصدار قوانين على
وجه الاطلاق» (١) •

واذا كان هذا هو الرأى فى ظل نظام يخلط بين السلطتين
التنفيذية والتشريعية ، فانه أجدر بالاتباع فى ظل النظام الذى يميز
بين السلطة التنفيذية وبين مجلس الشعب •

وبذات المبدأ أفتى مجلس الدولة فيما يتعلق برقابة منح التزامات
المرافق العامة • فقد جاء فى فتوى قسم الرأى مجتمعا والصادرة فى
٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٤ قوله : « باستقراء أحكام الدساتير المقارنة
- لاسيما الدستور البلجيكي والفرنسى - يبين أن هناك عرفا دستوريا
مستقرا يقضى بقيام نوع من الرقابة البرلمانية على السلطة التنفيذية
فى خصوص منح التزامات المرافق العامة أو استغلال موارد الثروة

(١) فتوى المجلس السابقة ، والصادرة فى ٢٢ سبتمبر فى ١٩٥٤ •

الطبيعية . غير أن هذه الرقابة ليست مطلقة ، بل تقتصر على المرافق القسومية الرئيسية والموارد الطبيعية الهامة ، وإذا كانت معظم الدساتير خالية من نصوص صريحة ، تدون هذا العرف ، وتقيم حدده وقيوده ، فقد تولت القوانين هذا التحديد ، فوضعت فاصلا بين ما يجب الرجوع فيه الى البرلمان من هذه التصرفات لأهميته ، وما تنفرد بأجرائه السلطة التنفيذية . والسائد في هذه القوانين أن المرافق المحلية يترك أمر إدارتها الى الهيئات الاقليمية والمحلية خاضعة في ذلك لوصاية الحكومة المركزية في حدود القوانين المنظمة لاختصاص هذه الهيئات . وإزاء خلو التشريع المبررى من قانون عام يحدد مجال اختصاص كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية في هذا الشأن ، فإن تقدير ما اذا كانت أهمية المرفق في كل حالة على حدة تستوجب اشتراك السلطة التشريعية في منح التزام استغلاله من عدمه يكون متروكا لكل وزير فيما يخصه . فالمرافق العامة وموارد الثروة الطبيعية التي يرى الوزير أنها لا تبلغ هذا القدر من الأهمية يكون منح التزام استغلالها من سلطته ، وذلك اتباعا للأصل العام الذي يقضى بأن كل وزير يختص بإدارة شئون وزارته . وغنى عن البيان أنه إذا وجد تشريع خاص ينظم كيفية استغلال مرفق عام أو مورد معين من موارد الثروة الطبيعية ، فإنه يجب التزام أحكامه ، مدامت متماشية مع المبادئ الدستورية المتقدمة الذكر . مثال ذلك القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٠ الخاص بالنقل العام لركاب السيارات . . . وكذلك القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٣ الخاص بالمناجم والمحاجر . . . وتطبيقا لما تقدم فإن التزام صيد الأسماك والمحار من بحيرتى البردويل والزرائق له من الأهمية ما تستوجب الرجوع الى مجلس الوزراء كسلطة تشريعية لاستصدار قانون بالأذن في منحه ، وذلك رغم ما ورد في المادة العاشرة من المرسوم بقانون الصادر في ٢١ أبريل سنة ١٩٢٦ من إعطائه الوزير سلطة منسخ التزام الصيد في

بحيرة البردويل وفي أى منطقة من أى بحيرة أخرى ، لما هو ظاهر من تناقض هذا الحكم الأخير مع الأصل الدستوري السابق الإشارة اليه « (١) » .

ثانيا - بعض العقود التي يجب موافقة جهة إدارية قبل إبرامها :

وهذه العقود كثيرة ومبشرة ، ويرجع فيها الى كل قانون على حدة . على أن أبرز مظاهرها يتجلى في علاقة الادارة المركزية ، بالهيئات اللامركزية التي تخضع لوصايتها . ولما كانت اللامركزية الادارية لها صورتان ، هما اللامركزية الاقليمية واللامركزية المصلعة ، فأننا نكتفى بالنصوص الواردة في هذا الخصوص :

أولا : اللامركزية الاقليمية (الادارة المحلية) (٢) : ويحكمها الآن القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ (المعدل) وأبرز صور الوصاية نظهما المشرع على النحو التالي :

أولا : رئيس مجلس الوزراء ومجلس الوزراء : وقد نصت المادة ١٤ من القانون معدلة ، في فقرتها الثانية على أنه « مع عدم الاخلال بأحكام القوانين الخاصة بتمليك الأجانب للمقارنات ، يجوز للمجلس - بعد وافقة رئيس مجلس الوزراء - التصرف بالمجان أو

(١) ألتقوى رقم ٤٤٩ في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٤ ، مجموعة فتاوى المجلس ، السنة الثامنة والنصف الأول من التاسعة ص ٧ .

وراجع مع ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٢٤ يونية سنة ١٩٥٦ ، وقد انتهى الى عكس قسم الرأي بخصوص الرسوم بقانون الصادر في ١٩٣٦/٤/٢١ ، وقد أوردناه في مكان سابق من هذا المؤلف - واخلاف بين المهتين ترجمه الى مدى أهمية صيد الاسفنج في تلك المناطق . ونحن أميل الى الرأي الذي قال به قسم لرائ .

(٢) استعمل الدستور الاصطلاح السليم وهو الادارة المحلية . ولكن إبتداء من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٧١ الصادر بعد الدستور مباشرة والقوانين التي تلتته ونعني بها القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٥ والقانون الحالي رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ (المعدل) استعمل اصطلاح الحكم المحلي ، وهو أمر غير مفهوم ، ويجافي اعتبار الدستور القانون الأعلى الذي يجب أن يقتيد به المشرع خصوصا وأن اصطلاح الدستور هو الأدنى كما ذكرنا . في التفاصيل « مبادئ القانون الإداري » طبعة سنة ١٩٧٣ وما بعدها .

التأجير بايجار اسمى أو أقل من أجر المثل لأحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو لجهة أجنبية فى حدود خمسين ألف جنيه فى السنة المالية الواحدة لغرض ذى نفع عام ٠٠٠ ويجب موافقة مجلس الوزراء فيما يجاوز ذلك ٠ وفى الأحوال التى يكون فيها التصرف أو التأجير وفقا لأحكام هذه المادة لأحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو لجهة أجنبية يجب الاتزيد مدة الايجار على ثلاثين سنة ، يجوز تجديدها بقرار من مجلس الوزراء ، كما يجب بقاء الأموال موضوع التصرف أو التأجير مخصصة للغرض الذى تم التصرف أو التأجير من أجله ٠ فإذا زال هذا الغرض لأى سبب أو اذا أخل المتصرف اليه أو المستأجر اعتبر التصرف أو عقد الايجار مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائى أو اعدار ، وفى هذه الحالة تسترد المحافظة الأموال موضوع التصرف أو التأجير بالطريق الادارى ٠ «

كما تنص الفقرة ٤ من المادة ٤٢ (معدلة) من ذات القانون على أنه « لا يجوز التصرف بالمجان فى مال من أموال المركز أو تأجيره بايجار اسمى أو أقل من أجر المثل ، فيما يجاوز خمسين ألف جنيه فى السنة المالية الواحدة الا بموافقة مجلس الوزراء ٠ «

وأخيرا فإن المادة ٥٠ (معدلة) من القانون المشار اليه تنص على أنه لا يجوز للمجلس الشعبى المحلى للمدينة أن يتصرف بالمجان أو التأجير بايجار اسمى أو بأقل من أجر المثل لأحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو لجهة أجنبية الا لغرض ذى نفع عام الا بموافقة رئيس مجلس الوزراء اذا زادت قيمة التبرع عن عشرين ألف جنيه فى السنة المالية الواحدة ولم تجاوز خمسين ألف جنيه ٠ فاذا جاوز التبرع هذا الحد وجبت موافقة مجلس الوزراء ٠

ثانيا - الوزير المختص بالادارة المحلية : ووفقا للمادة ٥٠ السابقة لا يجوز للمجلس الشعبى المحلى للمدينة التصرف بالمجان أو

التأجير بإيجار اسمى أو بأقل من أجر المثل لأحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو لجهة أجنبية الا لفرض ذى نفع عام، وبموافقة الوزير المختص بالادارة المحلية اذا كان ذلك فى حدود عشرين ألف جنيه فى السنة المالية الواحدة .

ثالثا - وأحيانا يتعين موافقة المحافظة ، كما ورد فى المادة ٥٠ السابقة والتي تنص فى فقرتها الأولى على أنه « يجوز للمجلس الشعبى المحلى للمدينة - بعد موافقة المحافظة - التصرف بالمجان فى مال من أسوال المدينة الثابتة أو المنقولة أو تأجيره بإيجار اسمى أو بأقل من أجر المثل بقصد تحقيق غرض ذى نفع عام وذلك اذا كان التصرف لاحدى الوزارات أو المصالح الحكومية أو الهيئات العامة أو شركات القطاع العام أو الجمعيات والمؤسسات الخاصة ذات النفع العام » .

رابعا - بل ان المشرع قد استحدث فى نظام الادارة المحلية الجديد ، وصاية من قبل مجلس الشعب (البرلمان) على المجالس الشعبية المحلية ، حيث نصت المادة ١٢٩ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ على أنه «لا يجوز لوحداات الادارة المحلية، ابرام أى قرض أو الارتباط بأى مشروع غير وارد فى الخطة أو الموازنة اذا كان يترتب عليه اتفاق مبالغ فى فترة مقبلة الا بعد موافقة مجلس الشعب » .

ثانيا : اللامركزية المصلحية : ولها صورتان :

١ - الهيئات العامة : وقد ورد نصان بخصوصها فى القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ على النحو التالى :

(مادة ٥) « للوزير المختص سلطة التوجيه والاشراف والرقابة على الهيئات التابعة له » .

مادة ١١ : « تبليغ قرارات مجلس ادارة الهيئة الى الوزير المختص (م - ٢٣ المفعول الادارية)

لاعتمادها ، وعلى الوزير أن يقدم الى رئيس الجمهورية المسائل التى تستلزم صدور قرار منه فيها » .

أما تفاصيل الرقابة على كل هيئة عامة على حدة ، فقد أحال المشرع بخصوصها الى القرار الجمهورى الصادر بإنشائها .

٢ - المؤسسات العامة : وقد ألغيت المؤسسات العامة سنة ١٩٧٥ فلم يبق من صور اللامركزية المصلحية الا صورة واحدة وهى الهيئات العامة .

الفرع الثالث

ضرورة صدور قرار من المجالس الادارية قبل التعاقد

١ - تتمتع الهيئات الادارية اللامركزية بالشخصية المعنوية ، ويمثلها عادة هيئتان : مجلس منتخب أو معين أو يجمع بين الصفتين ، وعضو للتنفيذ . فبالنسبة للامركزية الاقليمية (الادارة المحلية) نجد أن المشرع قد أورد الاختصاصات على أنها اختصاصات المجالس . فالمواد من ١٢ الى ١٨ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ (المعدل) قد حددت اختصاصات المجالس الشعبية المحلية للمحافظات . والمادتان ٤١ و ٤٢ (معدلة) من ذات القانون قد أوردت اختصاصات المجالس الشعبية المحلية للمراكز ، والمادتان ٤٩ و ٥٠ (معدلة) قد ذكرت اختصاصات المجالس الشعبية المحلية للمدن ، وهى تنطبق على الأحياء فى حالة تقسيم المدينة الى أحياء مثل القاهرة والاسكندرية . وأخيرا فإن المادة ٦٨ من القانون عينه قد ذكرت اختصاص المجالس الشعبية المحلية للقرى . أما فى خصوص تمثيل الوحدات الاقليمية ، فإن المشرع فى القانونين رقم ٥٢ لسنة ١٩٧٩ (المعدل) قد سلك سبيل التمثيل المزدوج : فالفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من القانون الأخير تنص على أن « يمثل المجلس الشعبى المحلى رئيسه أمام القضاء وفى مواجهة الغير » كما أن المادة الرابعة منه تقضى بأن « يمثل المحافظة محافظها ، كما يمثل كل وحدة من وحدات

الادارة المحلية الأخرى رئيسها» . ولا شك أن هذا التمثيل المزدوج لابد وأن يثير كثيرا من المشاكل فى التطبيق . ولا مخرج من هذا كله الا أن يخطو المشرع الخطوة المتبقية والتي طالبنا بها مرارا وهى أن ينتخب المجلس المحلى رئيسه من بين أعضائه ، وأن يكون هذا الرئيس هو الرئيس المحلى للوحدة الادارية المحلية ، فيزول هذا الازدواج بما يترتب عليه من نتائج .

وبالنسبة الى اللامركزية المصلحية ، سلك المشرع ذات الاتجاه :
فكل من الهيئات العامة يتولى ادارتها جهتان :

مجلس الادارة : وهو السلطة العليا المهيمنة على شئون الهياء وتصريف أمورها ، واقتراح السياسة العامة التى تسير عليها . كما أن له أن يتخذ ما يراه لازما من القرارات لتحقيق الغرض الذى قامت من أجله وفقا لأحكام القانون وفى الحدود التى يبينها قرار رئيس الجمهورية الصادر بإنشاء الهيئة (المادة ٧ من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣) .

رئيس مجلس الادارة : اذا كان مجلس الادارة هو سلطة التقرير (أى اتخاذ القرارات) فان رئيس مجلس الادارة هو سلطة التنفيذ ، فهو الذى يتولى ادارة الهيئة ، ويصرف شئونها وفقا للأحكام التى تضمنها قرار رئيس الجمهورية الصادر بإنشائها ، وتحت رقابة واشراف الجهة الادارية المختصة . وهو الذى يمثلها فى صلاتها بالهيئات وبالأشخاص الأخرى أمام القضاء ، كما أنه المسئول عن تنفيذ السياسة العامة الموضوعة لتحقيق أغراض الهيئة العامة .

٢ - وواضح من العرض السابق أنه فى حالة ابرام هيئة ادارية لعقد من العقود ، فان المقدم يمر بمرحلتين : الأولى مرحلة اصدار قرار من المجلس باعتباره العضو المختص باتخاذ هذه الخطوة «L'organe délibérant» والثانية تنحصر فى توقيع رئيس المجلس للمقد ، باعتباره العضو المنفذ لرغبة المجلس «L'organe d'exécution» .

وهذا الازدواج يثير كثيرا من المسائل التي كشف عنها العمل أمام مجلس الدولة الفرنسي مما يستدعى دراستها بشيء من التفصيل .

٣ - ومن الواضح أن قرار المجلس بالتعاقد^(١) ، هو شرط جوهري لوجود العقد ولسلامته - وأن هذا القرار ، هو على خلاف القرارات التي رأيناها في الصورة السابقة (التصريح بالتعاقد) ملزم لمضو التنفيذ بحيث يضمن عليه إبرام العقد ، بمكس القرارات الادارية التي قد تصدر في الصورة السابقة . فالمسلم به أن تلك القرارات غير ملزمة ، ومن ثم تحتفظ الجهة الادارية المتعاقدة بحريتها كاملة في إبرام العقد برغم صدور قرار الموافقة على التعاقد من الجهة التي تضمن موافقتها .

ويجب من ناحية أخرى لإبرام العقد في هذه الصورة أن يصدر قرار خاص بالتعاقد^(٢) . فلا يكفي وجود الاعتمادات المالية في ميزانية الهيئة ليتمكن عضو التنفيذ من إبرام العقود التي خصصت لها تلك الاعتمادات^(٣) . فإذا ما تعاقد عضو التنفيذ بدون قرار سابق من المجلس ، فإن عمله يفدو مجردا من كل قيمة «Sans effet»^(٤) ، ويظل كذلك حتى لو اعتمدته جهة الوصاية^(٥) .

ويكون موقف الأفراد من هذه العقود ، كموقفهم من العقود التي تبرم بدون التصريح السابق كما رأينا .

٤ - والمسلم به من ناحية أخرى، أن على المجالس المختصة أن تصدر قراراتها بنفسها ، فلا تستطيع أن تفوض في اختصاصها المتعلق

«La délibération décidant de la conclusion du contrat».

(١)

«Une délibération speciale».

(٢)

(٣) حكم المجلس الصادر في ٨ أبريل سنة ١٩١١ في قضية «Cne. de Ouz-Suzon» مجموعة سري ، سنة ١٩١٣ ، القسم الثالث ، ص ٨ ، مع تقرير

«Pichat» (٤)

المنقوض حكم المجلس في ٧ فبراير سنة ١٨٩٠ في قضية «Grellier» المجموعة ص ١٢٨ وفي ١١ مارس سنة ١٩٢٧ في قضية «Bareau» المجموعة ص ٣٢٤ .

(٥) حكم المجلس في ١٢ يناير سنة ١٨٧٤ في قضية «Bellegarde» دالوز سنة ١٨٧٤ ، القسم الأول ، ص ١٦١ .

بالتعاقد الا اذا سمح لها المشرع بذلك صراحة^(١) . وليس هذا الا مجرد تطبيق للقواعد العامة المقررة لمزاولة الاختصاصات الادارية^(٢) .

ولا يملك عضو والتنفيذ (رئيس المجلس) أن يوقع العقد المراد ابرامه الا بعد الحصول على الاذن أو موافقة جهة الوصاية اذا كان العقد من العقود التي يشترط لابرامها اتمام هذا الاجراء كما رأينا في الفرع السابق .

٥ - ومجرد صدور القرار من المجلس بالتعاقد ، وحتى تصديق جهة الوصاية عليه ، لا يؤدي الى قيام الرابطة التعاقدية ، فالمسلم به أن تلك الرابطة لا تتم الا بعد أن يتولى عضو التنفيذ توقيع العقد نيابة عن المجلس^(٣) . ويترتب على ذلك نتيجة هامة ، وهي أن المجلس يستطيع أن يسحب قراره الصادر بالتعاقد حتى اللحظة التي يوقع فيها الرئيس على العقد^(٤) .

ومن ناحية ثانية ، فإنه بصدور قرار المجلس بالتعاقد ، يصبح عضو التنفيذ ملزماً باتخاذ الاجراءات اللازمة لاتمام الرابطة التعاقدية . فإذا نكل عن اتخاذ هذه الخطوة أو تقاعس ، فما هو الجزاء ؟ تستطيع جهة الرقابة الادارية أن تتدخل ، وأن تستعمل سلطاتها لاجباره على تنفيذ قرار المجلس ، وتملك أن تحل محله في اتخاذ هذه الخطوات اذا كان المشرع يخولها تلك السلطة .

ولكن الفرد الذي صدر قرار المجلس لصالحه لا يستطيع - وفقاً لقضام مجلس الدولة الفرنسي - اجبار سلطة التنفيذ على ابرام

(١) حكم المجلس الصادر في ٢٠ مارس سنة ١٩٣٦ في قضية «Lods» المجموعة ص ٣٥٦ .

(٢) في التفاصيل راجع مؤلفنا « النظرية العامة للمقرارات الادارية » المرجع السابق .

(٣) حكم المجلس الصادر في ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ في قضية «Vallons» المجموعة ص ٨١ .

(٤) حكمه الصادر في أول يوتية سنة ١٨٨٣ في قضية «Fabriqué de l'Eglise St. Etienne de Marais» دالوز سنة ١٨٨٥ ، القسم الثالث ص ٥ .

المعقد عن طريق القضاء ، ذلك أن المسلم به وفقا للتقليد الفرنسى الذى نأخذ به فى مصر ، أن القضاء الادارى لا يستطيع أن يصدر أمرا محددا لجهة الادارة بعمل شيء معين^(١) . ولكن الفرد يستطيع هنا - كما فى الحالة السابقة - المطالبة بالتمويضات على أساس الخطأ أو الاثرام بلا سبب بحسب الأحوال^(٢) .

٦ - وقرار المجلس ليس ملزما لعضو التنفيذ بالتعاقد بصفة عامة فحسب ، بل ان عضو التنفيذ ملزم أيضا بأن يحترم كافة الشروط والأوضاع المحددة فى قرار المجلس . ومن ثم فانه لا يستطيع أن يعدل فى الشروط التى يقررها المجلس بالحدف أو الزيادة . ولكن المجلس هنا ، يملك أن يفوض عضو التنفيذ فى الاتفاق على بعض المسائل التفصيلية قبل ابرام المعقد^(٣) .

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٤ فى قضية «Pithois» منشور فى : (Actual. jur. 1954. 11, 492) .
وقد جاء فى الحكم :

«Sur les conclusions tendant à l'exécution du marché, il n'appartient pas au juge administratif d'adresser des injonctions aux autorités administratives».

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٨ أبريل سنة ١٩١١ فى قضية «Cne. de Dussé-Sussex» مجموعة سبرى سنة ١٩١٣ ، القسم الثالث ، ص ٤٩ وفى ١٩ يناير سنة ١٩٢٩ فى قضية : «Sté. La céramique française» المجموعة ص ٥١ .
(٣) حكم المجلس الصادر فى ٥ يونية سنة ١٩٠٤ قضية «Delmas» المجموعة ص ٦٢٢ .

الفصل الرابع

الاستشارات السابقة

١ - كثيرا ما يفرض المشرع على جهة الادارة المتعاقدة أن تستشير جهة معينة قبل إبرام العقد . والمشرع يضع نصب عينيه اعتبارات متعددة حين يفرض هذا الالتزام على جهة الادارة المتعاقدة ، لتحقيق اعتبارات فنية ، أو لتلاقي المخاطر القانونية ، أو لتمكين جهة الوصاية من ممارسة رقابة سابقة على التصرف . . . الخ .

٢ - وبالرجوع الى التشريعات المصرية فى هذا الصدد ، نجد أن المشرع قد فرض استشارات متعددة على الادارة ، منها ما يتناول جميع الجهات الحكومية بلا استثناء ، ومنها ما يقتصر على جهة ادارية معينة :

ومن النوع الأول :

(١) نص المادة ٥٨ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ فى شأن تنظيم مجلس الدولة والتي تقضى بأنه « . . . لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أى عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمسة الاف جنية بغير استفتاء الادارة المختصة » . وهذا النص لم تستحدثه قوانين مجلس الدولة فى صياغاتها المختلفة ، ولكنه كان موجودا فى القانون رقم ١ لسنة ١٩٢٣ الصادر بنظام « لجنة قضايا الحكومة » ثم ورد بعد ذلك فى جميع القوانين الخاصة بمجلس الدولة المصرى^(١) .

(١) بل أن هذا النص وجد حتى قبل صدور القانون رقم ١ لسنة ١٩٢٣ ، وقد أدخله المشرع ، وجعل الاستشارة الزامية على أثر قضية مشهورة لجأت فيها احدى المصالح الى تحكيم لمح الحكومة منه ضرر كبير ، وذلك دون استشارة ادارة القضايا . راجع مقال الدكتور عبد الحميد بدوى عن تحول لجنة قضايا الحكومة الى مجلس الدولة ، مجلة مجلس الدولة ، السنة الأولى ص ٣٥ وما بعدها .

(ب) وقد أعادت حكم المادة السابقة ، المادة ٣٥ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ (المضافة للمادة الماثرة من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ الملحق) والتي تقول : « لا يجوز إبرام عقد تزيد قيمته على خمسة آلاف جنيه دون أخذ رأى الجهة المختصة بمجلس الدولة ، الا اذا أبرم العقد على أساس شروط أخذ فيها رأى الجهة المذكورة أو أبرم على أساس شروط سبق أن أبرم على أساسها عقد مماثل ، اذا كانت هذه الشروط فى الحالتين لم يحصل فيها أى تغيير » .

كما تنص المادة ٩ من اللائحة الجديدة على أنه « لا يجوز اضافة أو حذف أو تعديل أى شرط أو مادة فى الاشتراطات العامة أو الخاصة التى يتمين اقرارها من الجهات المختصة بمراجعة المقود بمجلس الدولة الا بعد الرجوع اليها وموافقتها » .

ومن النوع الثانى على سبيل المثال أيضا :

ما نصت عليه المادة ١٣ معدلة من قانون الادارة المحلية الجديد (رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ المعدل) من تحويل المجلس الشعبى المحلى للمحافظة ، بالنسبة للمجالس الشعبية المحلية الأخرى فى نطاق المحافظة : أ - الاشراف والرقابة على أعمال ونشاط هذه المجالس ، ب - التصديق أو الاعتراض على القرارات التى تصدر من هذه المجالس فى الحدود التى تقرها اللائحة التنفيذية . . . » .

وقد ورد تفصيل هذا الحكم فى المادة ٤٧ من اللائحة التنفيذية للقانون المشار اليه حيث فصلت الحكم العام السابق بقولها : « للمجلس الشعبى المحلى للمحافظة بالنسبة للمجالس الشعبية المحلية الأخرى فى نطاق المحافظة ، وللمجلس المحلى للمركز بالنسبة للمجالس الشعبية المحلية للمدن والقرى الواقعة فى دائرته ، وللمجلس الشعبى المحلى للمدينة بالنسبة للمجالس الشعبية المحلية للأحياء ، التصديق أو الاعتراض على القرارات الصادرة من تلك المجالس فى المجالات الآتية :

- تحديد واقرار خطة المشاركة الشعبية بالجهود والامكانيات الذاتية فى المشروعات المحلية •

- تحديد واقرار القواعد العامة لادارة واستغدام ممتلكات الوحدة والتصرف فيها •

- قواعد تنظيم تعامل أجهزة الوحدة المختصة مع الجماهير •

- قواعد تنظيم المرافق العامة اقتصاديا واجتماعيا وعمرانيا •

- اقتراح خطة تنمية القرية اقتصاديا واجتماعيا وعمرانيا •

- اقتراح مشروع الخطة والموازنة •

ويجب على المجلس الشعبى المحلى المختص ابلاغ قراراته فى المجالات المشار اليها الى المجلس الأعلى (للادارة المحلية) خلال سبعة أيام من تاريخ صدورها ، ويتم التصديق أو الاعتراض على القرارات المشار اليها فى مدى خمسة عشر يوما من تاريخ الاخطار ... ويجب أن يكون القرار ... مسببا ، وأن يخطر به رئيس المجلس المحلى الذى أصدر القرار المقترض عليه ، وفى هذه الحالة يوقف القرار » •

٣- والقاعدة العامة فى الاستشارات أنها على نوعين من حيث قوتها :

(أ) فهى اما أن تكون غير ملزمة • وهذا هو الأصل فى كل حالة لا ينص فيها المشرع على غير ذلك^(١) • ولكن عدم الالتزام بالاستشارة موضوعيا شئ ، وضرورة الحصول على رأى شئ آخر • فإذا فرض المشرع على جهة الادارة المتماقدة الاستشارة قبل التعاقد فأنها تفدو

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ فى قضية «Chambre de commerce de Tamatave» منشور فى مجموعة دالوز سنة ١٩٣٧ ، القسم الثالث ص ٢٥ مع مذكرة «Blauroet» وقد جاء فيه :
Aucune disposition législative ou réglementaire n'imposait au gouverneur général l'obligation de se conformer audit avis.

ملزمة باستيفاء هذا الاجراء والا كان القرار الصادر منها باطلا^(١) .
(ب) أما اذا جعل المشرع موضوع الاستشارة ملزما للادارة ، بحيث لا تستطيع أن تخالفه ، فان هذا الاجراء لا يمكن اعتباره من قبيل الاستشارة ، بل يأخذ حكم التصريح بالتعاقد الذى درسناه فيما سلف . ولهذا أدرجنا النصوص الخاصة به فى ذلك الموضع .
ولقد علمنا أن مخالفة الادارة لهذا الالتزام لا تؤدى الى بطلان التعاقد بحسب ، بل تؤدى الى انعدامه .

المبحث الثانى

عملية التعاقد فى ذاتها

وهذه هى أهم مرحلة فى عملية التعاقد ، فجميع الاجراءات التى درسناها فيما سبق سواء تعلقت بالمناقصة أو المزايدة أو الممارسة أو الاستشارات . . الخ انما هى اجراءات تمهيدية ، وتتم فى الغالب بطريق قرارات ادارية . أما العلاقة التعاقدية بمعناها الحقيقى ، فلا تبدأ الا فى هذه المرحلة . وندرسها وفقا للترتيب التالى :

١ - الاختصاص بالتعاقد .

٢ - آثار كل من إبرام العقد والتخلف عن إبرامه .

الفرع الأول

الاختصاص بالتعاقد

١ - لا يملك إبرام العقود باسم الادارة الا أشخاص محددين يعينهم المشرع . والأصل - وفقا للقاعدة العامة - أن يمارس هؤلاء الأشخاص اختصاصاتهم بأنفسهم ، بحيث لا يجوز أن يحل غيرهم محلهم فى ممارسة هذا الاختصاص ، كما لا يجوز لهم

(١) ولقد درسنا فى موضوع الاختصاص بالمنازعات المتعلقة بالعقود الادارية مدى أثر بطلان قرارات الادارة على سلامة العقد موضوعيا ، فراجع اليها فى الباب الأخير من القسم الأول من هذا المؤلف .

تفويض غيرهم فى ممارسته الا فى الحدود وبالقيود التى يضمها
المشرع . وكل هذا مجرد تطبيق للقواعد العامة .

والملاحظ أن عقود الهيئات اللامركزية المتمتعة بالشخصية
المعنوية ، يبرمها رؤساؤها الذين يملكون الصلح باسمها . أما
عقود الوزارات والمصالح التابعة للإدارة المركزية فيحدد المشرع فى
كل حالة على حدة من يملك توقيعها .

٢ - وبالرجوع الى لائحة المناقصات والمزايدات نجد أنها قد
حددت السلطات الآتية لإبرام عقود الإدارة :

أولا : العقود التى تتم عن طريق المناقصات العامة :

١ - المناقصات التى تقل قيمتها عن خمسة آلاف جنية ، يتم
اعتماد القرارات المتعلقة بتوصيات لجنتها « من السلطة المصدرة لقرار
التشكيل » (مادة ٣٢ من اللائحة الجديدة) .

٢ - بالنسبة للمناقصات التى تزيد عن القيمة السابقة ، ترفع
لجنة البت توصياتها موقعة من جميع أعضائها ومن رئيسها للاعتماد
من السلطات الآتية :

أ - رئيس المصلحة اذا كانت قيمة المناقصة لا تزيد على خمسين
الف جنية .

ب - رئيس الإدارة المركزية المختص ، اذا لم تزد القيمة على
مائتى ألف جنية .

ج - الوزير المختص أو من يمارس سلطاته فيما يزيد على ذلك
(مادة ٣١ من اللائحة الجديدة) .

ثانيا - العقود التى تتم عن طريق المناقصات المملوكة : وتخضع
فيما يتعلق باعتمادها « لكافة القواعد والأحكام والاجراءات
والشروط المنصوص عنها بهذه اللائحة بالنسبة للمناقصات
العامة » (مادة ٣٩ من اللائحة الجديدة) .

ثالثا - العقود التي تتم عن طريق المناقصات المحلية : يكون اعتماد توصياتها من السلطات الآتية :

- ١ - رئيس المصلحة المختص لغاية عشرين ألف جنيه .
 - ٢ - رئيس الادارة المركزية المختص لغاية أربعين ألف جنيه .
- وابعا - العقود التي تتم عن طريق الممارسة : يكون اعتماد توصيات لجانها من :

- ١ - رئيس المصلحة المختص لغاية عشرين ألف جنيه .
 - ٢ - رئيس الادارة المركزية المختص لغاية خمسين ألف جنيه .
 - ٣ - الوزير المختص أو من يمارس سلطاته فيما يزيد على ذلك .
- (مادة ٤٨ من اللائحة الجديدة) .

خامسا - الاتفاق المباشر : يكون اعتماد نتيجة التماقد بهذا الطريق من :

- ١ - رئيس المصلحة المختص لغاية ألف جنيه بالنسبة للمشتريات العادية والخدمات ومقاولات النقل ، وألفي جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال وأربعة آلاف جنيه بالنسبة لشراء أصناف محتكرة من شركات في الخارج ليس لها وكلاء في مصر .
- ٢ - رئيس الادارة المركزية فيما يزيد على ذلك . (مادة ٥٠ من ذات اللائحة) .

سادسا - تعتمد قرارات وتوصيات لجنة البيع أو التاجير في المزايدات العلنية العامة من ذات سلطات الاعتماد المنصوص عليها في لائحة المناقصات والمزايدات بالنسبة للمناقصات العامة . (مادة ١١٠ من ذات اللائحة) .

سابعا - تعتمد نتيجة المزايدة المحلية من رئيس المصلحة لغاية عشرين ألف جنيه ، ومن رئيس الادارة المركزية لغاية أربعين ألف جنيه . (مادة ١١٣ من ذات اللائحة)

ثامنا - التصرف بالبيع أو التاجير بطريق الممارسة « تسرى بشأنه ذات القواعد والاجراءات والسلطات التي تنظم الشراء بطريق الممارسة » (مادة ١١٦ من ذات اللائحة) .

٣ - وما ورد في النصوص السابقة لا يستغرق الأحكام المقررة في هذا الصدد ، بل يرجع الى النصوص المطبقة في خارج الحالات التي أوردتها لائحة المناقصات والمزايدات السابقة ، لاسيما فيما يتعلق بالمجالس المحلية بمستوياتها المختلفة .

٤ - ويترتب على مخالفة قواعد الاختصاص في مجال عقود الادارة عدم مشروعية العقد . ولكن ما مدى جسامته عدم المشروعية في هذه الحالة ؟

يذهب الفقيه جيز - وهو أول من درس موضوع العقود الادارية باسهاب كما ذكرنا - الى أن توقيع العقد من السلطة الادارية غير المختصة بتوقيعه ، يجعله معدوما لا باطلا فحسب ، بل وطبق ذات الحكم على حالة التفويض بالتوقيع اذا جاوز المفوض اليه حدود التفويض^(١) .

أما الفقيه دي لوبادير ، فيرى أن رأى جيز مغالى فيه ، وأن العقد لا يكون معدوما الا اذا لم يتم نهائيا من السلطة المختصة أو من غيرها . ولكن العقد الذي يوقعه موظف غير مختص بتوقيعه ، هو عقد باطل لا معدوم . ولكنه يسرع بتوكيد أن هذا البطلان هو بطلان مطلق ، لأن قواعد الاختصاص تتعلق بالنظام العام^(٢) .

(١) جاء في مؤلفه عن العقود الادارية ، المرجع السابق ، الجزء الأول ص ٤٥ قوله :

«Quelle est la sanction juridique de l'irrégularité résultant du fait qu'un contrat n'a pas été conclu définitivement par l'agent public compétent ? Il y a non pas nullité, mais inexistence du contrat ... Il faut donner la même solution pour le cas où un contrat a été passé par un délégué du ministre au-delà l'autorité qui lui a été »

(٢) مؤلفه السابق ، الجزء الأول ص ١٧٣ وقد جاء فيه :

«En réalité, l'incompétence constitue ici, comme dans les autres domaines de l'activité administrative une cause de nullité; il s'agit du reste d'une nullité absolue les règles des compétence étant d'ordre public. Le contrat signé par un agent incompétent est donc nul de nullité absolue.

ولسنا ندري الفارق بين الانعدام والبطلان المطلق في هذا الصدد ، ما دام الفقه والقضاء يسلمان بأن البطلان في هذه الحالة لا يمكن أن يصححه التقادم ، ولا الاقرار من جهة الادارة المختصة^(١) .

الفرع الثانى

آثار كل من ابرام العقد والتخلف عن ابرامه

لما كانت هذه المرحلة هي أخطر مراحل التعاقد ، فانه من الأهمية بمكان ان نحدد الآثار الرئيسية التي تترتب على كل من ابرام العقد والتخلف عن ابرامه .

١ - الآثار المترتبة على ابرام العقد

١ - لا أهمية من ناحية ابرام العقد ، للمراحل التمهيدية التي تسبق ابرامه بواسطة جهة الادارة المختصة بتوقيع العقد الادارى . ومعظم العقود الادارية يسبق ابرامها مقدمات ومراحل تمهيدية^(٢) . والمسلم به فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى أن هذه المقدمات ، والتي قد تصل الى حد القبول التمهيدى من بعض الموظفين الصغار . لا يمكن أن يترتب عليها التزامات تماقدية^(٣) .

وهذا ما أعلنته محكمة القضاء الادارى المصرية فى شكل قاطع ومفصل حيث تقول فى حكمها الصادر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ :
د أن التمييز عن ارادة جهة الادارة غالبا ما يتم فى شكل عملية مركبة

(١) رسالة الفقيه بيكينيو ، المرجع السابق ص ٢١٠ وقد جاء فيها :

«Le vice, dont est ainsi infecté le contrat, ne peut être couvert ni par une courte prescription, ni par une confirmation expresse ou tacite».

Une phase préparatoire de pourparlers et négociations

(٢)

(٣) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٩ فبراير سنة ١٩٧٥ فى القضية المجموعة ص ٩٩ . وقد جاء فيه :

«Le marché passé le 3 fev. 1915 n'a été à cette date accepté par le sous intendant que provisoirement et sous réserve de l'approbation ministérielle : cette approbation est intervenue le 1ère mars suivant; ainsi ledit marché n'est devenu définitif et ne pouvait produire ses effets qu'à partir de cette dernière date».

متشابهة ، وقد تكون على مراحل متعددة في فترات متلاحقة على حسب الأحوال ، وعادة ما يسبق ذات التصرف الذي يتم بمقتضاه إبرام العقد الإداري طائفة من الاجرامات والتدابير التي تمهد وتهيئ لمولد ذلك التصرف الذي قد تمقبه طائفة أخرى من تدابير واجرامات التصديق والاعتماد اللازم لإبرام العقد ، وتكون مكملته له مستهدفة اعمال أحكامه وتطبيق بنوده ، وطبيعى أن يكون إبرام العقد الإداري مسبقا في العمل بمرحلة تحضيرية تدور خلالها المباحثات والمفاوضات . وهذا التبادل لوجهات النظر بين الطرفين الراغبين في إبرام العقد لا يمكن أن يولد في حد ذاته رابطة تماقدية ، بل وحتى عبارات القبول المؤقت التي تصدر من بعض الموظفين الإداريين ممن ليست لهم ولاية الإبرام ، ويكون قد نيط بهم اجراء تلك المفاوضات لا يمكن أن تنشأ عنها رابطة عقدية^(١) .

٢ - ويترتب على القاعدة السابقة أن التزامات الادارة العقدية لا تترتب الا ابتداء من تاريخ القرار الصادر بإبرام العقد ، كما ذكرنا أكثر من مرة .

أما الأفراد المتقدمون الى التعاقد ، فإنهم يتلزمون بمجرد تقدمهم الى التعاقد . غير أن موقفهم من هذا الإيجاب يختلف باختلاف طريقة التعاقد : فإذا تم التعاقد عن طريق مناقصة أو مزايمة عامة ، فإن المناقص يظل ملتزما بعبائه طول المدة المقررة للبت في المناقصة بحيث لا يستطيع أن يرجع في ذلك العطاء قبل أن تبدى الادارة رأيها^(٢) ، وذلك على خلاف القواعد المدنية المقررة في هذا الصدد .

أما بالنسبة الى طرق التعاقد الأخرى ، فإن الفرد يستطيع أن

(١) القضية رقم ١٩٦٥ لسنة ٨ قضائية ، وقد سبقت الإشارة الى الحكم .

(٢) هذا في فرنسا . أما في مصر فانه - وفقا للائحة المناقصات والمزايدات - وكما

أوضحنا من قبل - يستطيع المتقدم الرجوع قبل موعد فتح المظاريف بشرط أن يخسر

مقدم التأمين . وعلى هذا الحكم نصت المادة ٥٨ من اللائحة التنفيذية الجديدة حيث

تقول : « اذا سحب مقدم العطاء عطاءه قبل الميعاد المعلن لفتح المظاريف ، فيصبح

التأمين المؤقت المودع حقا للجهة دون حاجة الى ائذار أو الالتجاء الى القضاء أو اتخاذ

أية اجراءات أو اقامة الدليل على حصول ضرر » .

يسحب عطائه في كل وقت قبل أن تقبله الادارة، كما هو الشأن في عقد طلب تقديم المعاونة «l'offre de concours» فالمتقدم يطلب المعاونة مثلا يستطيع أن يسحب عرضه في كل وقت قبل أن تقبله الادارة ، ويتم هذا السحب صراحة أو ضمنا^(١) . ومن قبيل السحب الضمني أن يتصرف الموجب في قطعة أرض كان قد تقدم بها للادارة مساهمة منه في تنفيذ مشروع عام وذلك قبل أن تقبل الادارة عرضه^(٢) .

٣- وإذا كان الموجب يلتزم في مواجهة الادارة بعرضه ، فإن الرابطة العقدية لا تنشأ بينه وبين الادارة الا بعلبه بقبول الادارة هذا العرض ، وذلك قبل أن يسحب ايجابه اذا لم يكن الايجاب مقيدا بمدة ، وخلال المدة المحددة لتنفيذ عطائه كما في حالة المناقصات العامة ، وعلى التفصيل الذي سبق أن ذكرناه . أو كما تقول محكمة القضاء الاداري في حكمها الصادر في ٢٨ أبريل سنة ١٩٥٧ « ٠٠٠ » وبطبيعة الحال يجب ابلاغ القبول الى صاحب العطاء خلال المدة التي يكون ايجابه فيها قائما حسبما تحددها شروط المناقصة . فاذا وصل الأخطار بقبول العطاء بعد هذه المدة ، فإنه لا ينتج أثره القانوني اذ يتحلل الموجب من ايجابه بفوات الميعاد المنصوص عليه . الا أنه يجوز له رغم ذلك قبول هذا القبول المتأخر وعندئذ ينمقد المبدد^(٣) . » . وتؤكد المحكمة الادارية العليا هذا المبدأ في قضائها باستمرار ، ومن ذلك - على سبيل المثال - حكمها الصادر في ١٩٧٣/١١/٢٤ (مجموعة المبادئ ، ص ١٨٤٩) وفيه تؤكد : « ومن حيث ان الأصل أن القبول بوصفه تعبيراً عن الارادة لا يتحقق

(١) راجع في التفصيل مؤلف الفقيه «A. gervais» بعنوان :

«Les offres de concours» طبعة سنة ١٩٥٤ ص ٤٧ وما بعدها . وراجع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٧ يونيو سنة ١٨٨٤ في قضية «des cars» المجموعة ص ٥٤٢ .

(٢) حكم المجلس الصادر في ٢١ فبراير سنة ١٨٦٧ في قضية «Laureau» المجموعة ص ١٨٧ .

(٣) القضية رقم ٥٣٥ لسنة ١٠ قضائية وقد سبقت الاشارة اليها . وراجع حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ٨ مارس سنة ١٩٦٩ بذات المعنى وقد سبقت الاشارة اليه ، ص ١٤ ، ص ٤٣٧ .

وجوده القانوني الا اذا اتصل بملم من وجه اليه ، وبالتالي لا يعتبر التعاقد تاما الا اذا علم الموجب بقبوله « . » .

ولقد رأينا فيما سلف أن اللائحة الجديدة للمناقصات والمزايدات قد أخذت بوجهة نظر مغايرة اذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٥٨ منها على أنه « عند انقضاء مدة سريان المطام ، يجوز لمقدمه استرداد التأمين المؤقت ، وفي هذه الحالة يصبح المطام ملغيا وغير نافذ المفعول . فاذا لم يطلب ذلك اعتبر قابلا استمرار الارتباط بمطامه الى أن يصل لجهة الادارة اخطار منه بسحب التأمين المؤقت ، وعدوله من عطائه . » .

٤- واذا كان الأصل أن مقدمات العقد التي تسبق عملية التوقيع من السلطة المختصة لا أثر لها ، فإن ذلك لا يعنى عدم احتواء القانون الادارى على فكرة « الوعد بالتعاقد » المعروفة فى القانون الخاص « Les promesses on avant - contrats » وذلك أن الادارة - كما هو الشأن بالنسبة الى الأفراد - قد تدعوها الحاجة الى ابرام اتفاقيات بالتعاقد اذا توافرت ظروف معينة .^(١) وحيث أن يكون هذا الاتفاق عقدا مستقلا وملزما متى استوفى الشروط اللازمة لقيام العقد ولسلامته . ومن الأمثلة للوعد بالتعاقد من قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، أن تعهد الادارة الى أحد المهندسين بالقيام بدراسات معينة ، مع الالتزام بأن تعهد اليه مستقبلا بتنفيذ المشروع الذى تعد الدراسات من أجله . ومنها أيضا أن تؤجر الادارة عقارا لأحد الأفراد ، مع التعهد ببيعه له مستقبلا^(٢) أو أن تقيم الادارة مسابقة بين الفنانين لاعداد مشروع معين مع التعهد باختيار صاحب المشروع الفائز لتنفيذ مشروعه . . . الخ .

ووفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسى ، يتمين أن يتوافر فى الوعد بالتعاقد الشروط الآتية حتى يفدو ملزما :

(١) راجع على سبيل المثال حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٤ فى قضية « Grey » منشور فى (R.P.D. A. 1955 no. 75) .
(٢) - ٢٤ المقود الادارية)

(أ) يجب أن يكون ثمة التزام قاطع بالتعاقد «un engagement définitif» وليس مجرد مشاورات مبدئية «des simples pourparlers»^(١) -
(ب) ألا يكون إبرام العقد النهائي قد علق على شروط لم تتحقق
النحو الذى رأيناه فيما سلف .

(ج) يجب أن يكون الوعد بالتعاقد قد صدر من الجهة الادارية المختصة بإبرام العقد النهائي . وهذا ما يميز الوعد بالتعاقد عن الاتفاقات المبدئية التى تتم بين الأفراد وبين الموظفين الذين يمهّدون للتعاقد والتى لا يترتب عليها أى رابطة تعاقدية كما ذكرنا .

ولم نجد قضاء لمجلس الدولة المصرى فى هذا الصدد ، وان كانت المبادئ التى أقرها مجلس الدولة الفرنسى يمكن أن يستهدى بها فى مصر لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة فى هذا المجال .

٥ - ومن تاريخ توقيع السلطة المختصة على العقد ، يبدأ نفاذه ، ويرجع الى تاريخ هذا التوقيع للحكم على مدى سلامة العقد ، ومنه تبدأ المدد المحددة للطرف الآخر لتنفيذ التزاماته التعاقدية .

٢ - آثار التغلف عن إبرام العقد

١ - رأينا أن الادارة تملك سلطة تقديرية فى إبرام عقودها .
فحتى لحظة التوقيع على العقد ، تستطيع أن تمتنع عن التوقيع اذا قدرت أن المصلحة العامة تقتضى ذلك . ومن ثم فلقد رأينا أن اختيار لجنة البت لأحد المناقصين ، لا يلزم الادارة بالتعاقد . وعدم التوقيع من السلطة المختصة يجعل الرابطة العقدية معدومة مهما سبقها من مقدمات ، ما لم يكن قد تم بين الادارة والمتقدم للتعاقد وعد على عملاً^(٢) .

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٤ مارس سنة ١٩٢٣ فى قضية «Borden» المجموعة ص ٢٤٨ ، وفى ٢ فبراير سنة ١٩٤٠ فى قضية «Consorts Duco» المجموعة ص ٤٢ وفى ٨ مارس سنة ١٩٥٠ ، فى قضية «Merlin» المجموعة ص ١٤٨ .
(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٣ يوليو سنة ١٩٢٢ فى قضية «Henry» المجموعة ص ٦٠٩ .

٢- وانعدام الرابطة التعاقدية لا يعنى حرمان الفرد من التعويض فى بعض الحالات . وقد ذكرنا فيما سبق أن التعاقد يستلزم أن يرجع على الإدارة بالتعويض عن الأضرار التى تلحقه من جراء نكول الإدارة عن التعاقد على أحد أساسين :

(أ) اما على أساس الخطأ «cas de faute commise par l'administration» وذلك اذا ثبت أن امتناع الإدارة عن التعاقد قد انطوى على خطأ . ومن الأمثلة على ذلك أمام القضاء الإدارى الفرنسى أن يتمهل المدة «maires» فيأمر أحد الأفراد بالبدأ فى تنفيذ عقد قبل أن يصدر المجلس البلدى قراره الخاص بالتعاقد^(١) . واذا كان الخطأ فى هذه الحالة هو خطأ مرجعه الى اهمال ، فانه قد يصطبغ بصبغة العمد فى بعض الحالات ، كما لو عملت جهة ادارية لا مركزية على التحلل من الرابطة التعاقدية عن طريق الايعاز الى جهة الوصاية بعدم الموافقه على التعاقد . . . الخ فى كل هذه الحالات ترتكب الإدارة خطأ قد يؤدى الى المسؤولية . وكثيرا ما يلجأ مجلس الدولة الفرنسى الى تخفيف خطأ الإدارة عن طريق تلمس أخطاء فى جانب الأفراد ، كما لو كان الامتناع عن التعاقد يرجع الى موقف المضرور ، أو كان المضرور قد تمهل فى تنفيذ العقد بصرف النظر عن خطأ الإدارة فى عدم إبرامه .

(ب) واما على أساس الاثر بلا سبب «L'enrichissement sans cause» وذلك اذا بدأ لتعاقد فى تنفيذ عقده قبل أن توقعه الإدارة ، فحينئذ يجرى مجلس الدولة الفرنسى على تعويض هذا التعاقد بشرطين : الأول : أن تكون الأعمال التى نفذها المتعاقد قد عادت بفائدة حقيقية على الإدارة «profit réel» (٢) .

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٠ أبريل سنة ١٩٣٤ فى قضية «Verdier» المجموعة ص ٤٦٥ وفى ٢٩ مايو سنة ١٩٤٢ فى قضية «Blancard» المجموعة ص ١٧٩ . وصيغة تلك الأحكام تجرى كما يلى :

«Le maire a commis une faute de nature à engager la responsabilité de la commune en invitant le sieur X ... à effectuer certains travaux sans y être autorisé par le conseil municipal».

(٢) حكمه الصادر فى ١٠ مايو سنة ١٩٣٩ فى قضية «Cne, de Chassieu» المجموعة ص ٣١١ وفى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤١ فى قضية «Cne, d'Anjaragne» المجموعة ص ٣١٦ .

الثاني : أن تكون الادارة قد قبلت تنفيذ تلك الأعمال ، على الأقل بطريقة ضمنية . فإذا كانت الادارة قد عارضت في تنفيذ تلك الأعمال ، أو أذرت المتعاقد بأنه يتصرف على مسؤوليته لعدم اتمام العقد ، فإن مجلس الدولة يرفض التمويل^(١) .

على أن الادارة كثيرا ما تواجه هذه الحالات في اتفاقات مبدئية بينها وبين المتقدم للمتعاقد ، وحينئذ تصفى العلاقة على أساس هذه الاتفاقات المبدئية .

المبحث الثالث

الشكل الكتابي في مجال العقود الادارية

١ - رأينا أن المشرع قد أخضع بعض عقود الادارة لاجراءات شكلية معينة ، اذا تمت بطريق المناقصات العامة . ولكن المسلم به أن عقود الادارة تخضع لقاعدة التحرر من الشكليات ، فما لم يشترط المشرع صراحة اجراء شكليا معينا في ابرام عقد معين ، فإنه يكفي توافق ارادة الادارة و ارادة المتعاقد معها لقيام الرابطة التعاقدية .

٢ - ولقد كان ثمة رأى قديم في الفقه يعتمد على الشكليات لتمييز العقود الادارية عما عداها من عقود الادارة^(٢) . ولكن محكمة التنازع قضت على هذه الفكرة في أحكامها ، لاسيما حكمها الصادر في أول مايو سنة ١٩٢٦ في قضية «Templier»^(٣) .

(١) حكمه الصادر أول مارس سنة ١٩٢٨ في قضية «Bringer» المجموعة ص ٣٨٦ .

وفي حالة الموافقة الضمنية راجع حكم المجلس الصادر في ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٦ في قضية «Cne d'Hou» المجموعة ص ٥٧٧ .
(٢) من ذلك رأى الفقيه هوريو في تعليقه على حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية «Teries» مجموعة سيري سنة ١٩٠٣ القسم الأول ص ٢٥ والمفوض ليون بلون في بعض تقاريره .

(٣) مجموعة سيري سنة ١٩٢٨ القسم الثالث ص ١٣٠ مع تعليق لهوريو . وقد جاء في الحكم قولها :

«Cette circonstance de pure forme ne saurait donner auxdites commandes un caractère administratifs» .

وراجع حكم التنازع الصادر في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ في قضية

«Cne. du Rivet» سيري سنة ١٩٣٤ القسم الثالث ص ٣٦ .

وهذا هو ما أكدته محكمة القضاء الإدارى فى حكمها الصادر فى ٢ يونيه سنة ١٩٥٧ والذى تقول فيه : « ٠٠٠ كما أن من العقود الإدارية ما يجب - من حيث الشكل - أن يكون مكتوبا حتى يتيسر تضمينه الشروط الاستثنائية التى تميزه عن عقود القانون الخاص » . على أن مسألة شكل العقد الإدارى كميّار يميزه عن العقود المدنية ، كانت مثار خلاف وجدل انتهى الرأى فيه واستقر فى الفقه والقضاء الفرنسى على أن اشتراط أن يكون العقد مكتوبا هو شرط متعلق بصحة العقد وليس خاصا بطبيعته ، وأنه إذا كانت العقود غير المكتوبة هى أصلا من عقود القانون الخاص ، إلا أن العقد الإدارى قد يكون هو الآخر غير مكتوب ، وفى هذه الحالة تكون الشروط الاستثنائية الغير مألوفة مضمنة فى قواعد تنظيمية أو تشريعية قائمة من الأصل ، ويخضع مباشرة لنصوصها العقد عند نشأته وبعد إبرامه ، وتسرى عليه هذه القواعد ، وهى التى تسبغ عليه أساسا - ومع توافر باقى الأركان - صفة العقد الإدارى اعتبارا بأن الشروط الاستثنائية لا يجب حتما أن تكون شروطا رضائية يتفق عليها الطرفان المتماقدان وقت إبرام العقد ، بل قد يفرضها عليهما القانون سلفا ويستلزم وجودها النظام الموضوع لإدارة المرفق العام ، وكيفية المساهمة فيه أو الاشتراك فى إدارته وتسييره^(١) » .

كما أنها تؤكد فى حكمها الصادر فى ٤ يناير سنة ١٩٥٩ (السنتان ١٢ و ١٣ ص ١٦٠) أن المدعى عليه « بتقديمه الى الحكومة للحصول منها على أذونات لتسلم الدقيق لصنع المكرونه ، يكون فى الواقع قد قبل جميع ما نصت عليه القرارات الوزارية والأوامر الخاصة بصناعة هذا الصنف ٠٠٠ ويكون بذلك قد نشأ بينه وبينها عقد إدارى غير مكتوب ، اذ لا يشترط فى العقد الإدارى أن يكون مكتوبا ٠٠٠ » .

والى العقد الإدارى غير المكتوب أشارت المحكمة الإدارية العليا فى

(١) القضية رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ قضائية ، وقد سبقت الإشارة إليها .

حكمها الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٩٦٨ (من ١٣ ص ٩٥٣) حيث تقول : « ومن حيث ان العقد غير المكتوب ، ولئن كان غير مألوف فى المجال الادارى بسبب جنوح الادارة عادة الى اثبات روايتها التعاقدية بالكتابة ، الا أنه لازال يؤدي دورا مكملا لبعض أنواع العقود الادارية ، فقد تركن اليه مع بعض المتعاقدين اذا اتفقت معهم على تكميل أغراض التعاقد من ناحية من النواحي التى أنصب عليها . وهذا الأسلوب التعاقدى يخلق مشكلة التعرف على طبيعة هذا العقد ... » (وهى المشكلة التى سبق أن عرضنا لها) .

٣ - على أنه اذا لم يكن الشكل عاملا جوهريا فى تحديد طبيعة العقد الادارى ، فانه مع ذلك - وكما أبرزه حكم محكمة القضاء الادارى السابق - يقوم بدور هام فى مجال العقود الادارية . ومن ثم فانه يحتاج الى شيء من الدراسة المفصلة . ولهذا فاننا ندرس هذا أولا : الحالات التى تشترط فيها الكتابة والحالات التى لا تشترط فيها الكتابة .

ثانيا : أنواع انوثائق المكتوبة فى العقود .
الموضوع على الترتيب التالى :

الفرع الأول

الحالات التى تشترط فيها الكتابة

١ - لما كان الأصل فى عقود الإدارة هو إخضاعها لقاعدة الحرية «*Liberté contractuelle*» سلم به أن الكتابة لا تلتزم الا حيث يشترطها المشرع صراحة^(١) . ولكن بالرغم من هذه القاعدة المسلم بها ، فإن مجال الكتابة فى العقود الادارية متسع جدا ، بحيث يمكن اعتبار القاعدة معكوسة من الناحية العملية ، وهو المعنى الذى أشارت اليه المحكمة الادارية العليا فى حكمها السابق .

٢ - وبالرجوع الى لائحة المناقصات والمزايدات نجد أنها قد وضعت قاعدة عامة بالنسبة الى العقود التى يتم إبرامها عن طريق المناقصات العامة ، وذلك فى المادة ٣٥ منها حيث تقول : « يجب أن يحرر عقد عن توريد الأصناف أو تنفيذ الأعمال أو النقل أو الخدمات المعلن عنها بمناقصات عامة ، متى بلغ مجموع ما رسا توريده أو تنفيذه الفى جنيه . أما فيما يقل عن ذلك ، فيمكن الاكتفاء بأخذ اقرار مكتوب شاملا كافة الضمانات اللازمة لتنفيذ التعاقد مع تحصيل التأمين النهائى ... » هذا ولقد رأينا أن المناقصة المحدودة تخضع كاصل عام للأحكام المقررة بالنسبة للمناقصات العامة (مادة ٣٩ من اللائحة الجديدة) وكذلك الشأن بالنسبة للمناقصة المحلية (مادة ٤٠ من اللائحة الجديدة) .

(١) راجع مؤلف دى لوبادير ، المرجع السابق ، الجزء الأول ص ٢٤٠ حيث يقول :

«*L'administration n'est tenue d'employer la forme écrite que lorsque la loi impose cette forme.*»

وراجع رسالة الفقيه بيكتيو ، ص ١٨٧ وما بعدها .
ومع ذلك ذهب الدكتور توفيق شحاته فى مؤلفه « مبادئ القانون الادارى » الطبعة الاولى سنة ١٩٥٤ - ١٩٥٥ ص ٧٨٥ الى أن « الأصل فى العقود الادارية أن تكون محررة سواء أبرمت عن طريق الممارسة أو المناقصة . وهذه خاصية أخرى من خواص إبرام العقود الادارية » .

وهذا لا يعبر عن حقيقة الحال وفقا للنظرية الفرنسية فى العقود الادارية كما رأينا .

٣ - أما فيما يتعلق بالتعاقد بطريق الممارسة ، فلقد رأينا فيما سلف أنها تخضع للشروط العامة فيما لم يرد فيه نص خاص بلائحة المناقصات والمزايدات (مادة ٤٩) .

٤ - وبخصوص التعاقد عن طريق الاتفاق المباشر ، لم تشترط المادة ٥٠ من اللائحة الجديدة الشكل الكتابي ، وإن كانت قد اشترطت أن يتم التعاقد عن هذا الطريق بمقتضى ترخيص من رئيس الإدارة أو رئيس المصلحة المختصة ، وأن « يبين فى المستندات الأسباب الملحة التى تقضى باتباع طريق الاتفاق المباشر ، وأن يدون المسؤول على مستندات الصرف اقرارا بأن الأصناف أو الأعمال مطابقة من حيث النوع والمواصفات ... » وهذه خطوات تقتضى الكتابة^(١) .

٥ - ثم ان المادة ٥٣ من اللائحة الجديدة قد تطلبت أن تقدم المطامات موقعة من أصحابها على نموذج العطاء المختوم بخاتم جهة الإدارة ، والمؤشر عليه برقم قسيمة تحصيل الثمن وتاريخها ، وعلى جدول الفئات . كما أن المادة ٥٤ من ذات اللائحة قد أوضحت الشروط التى يجب مراعاتها فى اعداد قائمة الأسعار (جدول الفئات) وكلها تقتضى اجراءات كتابية .

٦ - وأخيرا فإن المادة ١١١ من ذات اللائحة تنص على أنه فى حالة اجراء البيع بطريق المظاريف المغلقة ، تطبق اجراءات المناقصة العامة ، ومن بينها الاجراءات الكتابية بطبيعة الحال .

٧ - على أنه يجب أن يلاحظ أن حرية الإدارة فى التحلل من الشكل الكتابي للمعقود تحتاج الى بعض الايضاح من النواحي الآتية :

(١) فى بعض الحالات التى لا يشترط فيها المشرع الشكل الكتابي صراحة ، قد تفرض هذه الشكلية طبيعة العقد . وأوضح الأمثلة على

(١) واستطرد باقى المادة يقول « ويحرر العقد من ثلاث نسخ على الأقل تسلّم نسخة منها لإدارة الحسابات ومعها جميع المطامات ، وصورة من كشف التفريغ للمراجعة عليها ، وتسلّم نسخة للمتمهد ، وتحفظ النسخة الثالثة بالإدارة المختصة بالتنفيذ ويجب أن يبين على كل صورة قيمة التأمين النهائى ونوعه وتاريخ توريده » .

ذلك عقد الامتياز ، فهو من العقود التي لا تخضع - كقاعدة عامة - للمزايدات أو المناقصات العامة ، ومع ذلك فإنه من المسير تصور عقد امتياز دون وثيقة كتابية تحدد حقوق وواجبات الملتزم ، وكيفية تصفية الامتياز . الخ . ولهذا وجدنا أن مجلس الدولة الفرنسي قد استند الى عدم وجود عقد كتابي للقول بانعدام عقد الامتياز ، وأن ما تم بين الادارة والفرد لم يعد تبادل وجهات النظر^(١) .

(ب) أن خضوع الادارة لقواعد الروتين ، سيؤدي في معظم الحالات الى أن تتضمن خطوات التماقد وثائق كتابية ، حتى ولو لم يفرغ المقدم في النهاية في وثيقة مكتوبة . وقد يتم عن طريق تبادل مذكرات مكتوبة . ويستند القضاء أحيانا الى هذه الوثائق المتبادلة بين الادارة والأفراد للقول بقيام الرابطة التعاقدية حتى ولو كانت طبيعة المقدم لا تستلزم الصورة الكتابية^(٢) .

(ج) تستطيع الادارة بطبيعة الحال أن تلجأ الى الطريق الكتابي مختارة ، ولا شك أنه الطريق الأسلم .

(د) وتتحلل الادارة من الشكل الكتابي في بعض الحالات نتيجة لفكرة العقود الضمنية «Contrats tacites» كحالة امتداد عقد من عقود الادارة بمدته^(٣) .

٨ - ويرتب القضاء الفرنسي على الشكل الكتابي للعقود الادارية نتائج بالغة الخطورة ، يهمنا منها في مصر ، أن المقدم

(١) حكمه الصادر في ١٦ يناير سنة ١٩٣١ في قضية «Bonniel» مجموعة سبى ، سنة ١٩٣١ ، القسم الثالث ص ٦٠ مع تعليق بلستر وقد جاء في الحكم : «La commune de St. S. ne saurait se prévaloir d'une convention verbale pour soutenir que le Sieur B. était tenu d'assurer l'éclairage des voies publiques de la commune».

(٢) حكم المجلس الصادر في ١١ أبريل سنة ١٩٥١ في قضية «Ville de Marseille» المجموعة ص ٨٤٣ . وتتملك هذه الحالة بأن المجلس اعترف بقيام عقد الالتزام بين البلدية والملتزم استنادا الى تبادل مذكرات بين الطرفين تفيد توافق الإرادتين :

«Accord intervenu par correspondance entre une commune et son concessionnaire des eaux».

(٣) «La continuation d'un contrat après son expiration par un accord tacite».

حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٥ يونية سنة ١٩٥١ في قضية «Soc. hydraulique Asie» المجموعة ص ٣٤٩ .

المكتوب يعتبر ثابت التاريخ ، ولا يمكن انكار ما يجيء به الا عن طريق الطعن بالتزوير^(١) .

ويترتب على مخالفة الشكل الكتابي فى عقود الادارة بطلان تلك العقود ، وهو ما أعلنته محكمة القضاء الادارى المصرية فى حكمها الذى أوردناه بهذا الخصوص فيما سلف .

الفرع الثانى

انواع الوثائق المكتوبة فى عقود الادارة

١ - اذا تمت عقود الادارة عن طريق الكتابة فغالبا ما يحتوى المقعد على عدة وثائق ، «pièces du marché» تحتوى فى مجموعها على شروطه ، وتمتيز فيما يتعلق بتنفيذه كلا لا يتجزأ . وأهم ما يميننا فى هذا المقام من تلك الوثائق المكتوبة ، دفاتر الشروط «Les cahiers des charges» .

٢ - ودفاتر الشروط متنوعة على النحو التالى :

أولا - **دفاتر الشروط والمواصفات العامة (للوزارة او المصلحة)** : «Les cahiers des clauses et conditions générales» (ويرمز اليها بالحروف «C.C.G.» وتحدد هذه الدفاتر الشروط التى تنطبق على جميع العقود التى تبرمها وزارة أو مصلحة معينة . ومثال ذلك دفاتر الشروط العامة والمواصفات المتعلقة بوزارة الحربية أو بمصلحة المبانى ... الخ . وهذه الدفاتر تعدها الوزارة أو المصلحة مقدما ، دون حاجة لاستشارة الأفراد ، وتصدر بقرار وزارى ، وتكمل عند اللزوم بمنشورات تكميلية «instructions complémentaires» .

وقد كشف الممثل فى فرنسا عن أن تعدد دفاتر الشروط التى تتناول عقودا بعينها ، واختلافها باختلاف الوزارات والمصالح ، قد

«Ils ont date certaine et font fait jusqu'à inscription de faux».

(١)

وراجع مؤلف «P. Pactet» وموضوعه :

«Essai d'une théorie de la preuve devant la juridiction administrative».

طبعة سنة ١٩٥٢ ص ١٥٧ .

يسبب أضرارا وإرتباكات في العمل . ومن ثم فإن المشرع الفرنسي يتجه الآن الى توحيد دفاتر الشروط والمواصفات العامة التي تتناول عقدا بعينه بالنسبة الى جميع الوزارات والمصالح في الدولة^(١) .

وقد أثرت مناقشة حول الطبيعة القانونية للشروط الواردة في دفاتر الشروط والمواصفات العامة : ويتفق الرأي الراجح في القانون الإداري على التمييز بين عقد الامتياز ، وبين العقود الإدارية الأخرى : أما بالنسبة الى عقد الامتياز ، فإن التكييف يتم على أساس التمييز بين الشروط اللائحية والشروط التعاقدية على نحو ما ذكرناه فيما سبق . وأما بالنسبة الى العقود الأخرى ، فإن التكييف يتم على أساس التمييز التالي :

(أ) الشروط التي تتعلق بتنفيذ العقد :^(٢) وهي مجرد نماذج لا تلزم المتعاقد الا بعد توقيعه على العقد . ولكن بمجرد توقيعه على عقد من العقود يشار فيه الى دفتر من دفاتر الشروط العامة ، فإن الشروط الواردة بذلك الدفتر تعتبر جزءا لا يتجزأ من العقد

«partie intégrante du contrat»^(٣)

أما بالنسبة الى الإدارة فإن تلك الشروط ملزمة بمعنى أنه يمتنع عليها احترامها عند التعاقد باعتبارها ذات طبيعة لائحية «un caractère réglementaire» ولا تسطيع الإدارة التعديل في تلك الشروط عند التعاقد الا في الحدود المسموح بها^(٤) .

(١) نص مرسوم ٦ أبريل سنة ١٩٤٢ الخاص بمقود الدولة ، على أنه « للجنة الوطنية للمقود العامة ، أن تمد بالنسبة لمقود التوريد وعقود الأشغال العامة ، دفاتر الشروط والمواصفات العامة التي تحكم جميع تلك العقود والتي تكون ملزمة لجميع الوزارات والمصالح في الدولة ، بواسطة قرار من وزير المالية بحيث لا يجوز الخروج على هذه الدفاتر النموذجية «Cahiers types» الا بعلم اللجنة الاستشارية للمقود » .

وتنفيدا لهذه الفكرة ، صدر مرسوم في ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ ، بإنشاء لجنة عليا للمقود العامة ، تكون مهمتها تحقيق التوحيد المشار اليه في مرسوم ٦ أبريل سنة ١٩٤٢ .

(٢) «Les Clauses des C.C.G. concernant l'exécution du contrat» .

(٣) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٢ يناير سنة ١٨٣٨ في قضية

«Commune d'Antony» المجموعة ص ٢٠ .

(٤) راجع : موجز بونار في القانون الإداري ، ص ٦١٦ ، ومطول بارتلمى في القانون الإداري ، ص ٧١٩ ، ودی لوياديير ، المرجع السابق ، ص ٣٥٤ ، ومؤلف =

ويترتب على التكيف السابق نتائج هامة منها :

١ - أن تلك الشروط ، ولو كانت الادارة ملزمة باحترامها ، لا تلزم المتعاقد الا اذا أشير الى دفتر الشروط العامة الذى يتضمنها فى العقد صراحة ، بحيث لو أهملت الادارة فى ذلك ، فانها لا تستطيع أن تتمسك بتلك الشروط فى مواجهة المتعاقد بمد ذلك^(١) .
ولهذا فانه اذا أشير فى عقد من العقود الى بعض الشروط الواردة فى دفتر الشروط العامة ، فان هذه الشروط وحدها هى التى تطبق^(٢) .

٢ - بل ويجرى التقليد فى فرنسا على أن الادارة عند ابرامها لعقد من العقود تملك أن تشير الى دفتر شروط عامة خاص بوزارة أو مصلحة أخرى مما يوضح أن تلك الدفاتر هى مجرد نماذج . كما أن للوزارة عند ابرامها لعقد معين ، كمقد أشغال عامة مثلا ، أن تشير الى بعض الشروط الواردة فى دفتر شروط عامة خاصة بعقد آخر كمقد التوريد^(٣) .

٣ - اذا عدلت الادارة دفتر شروط عامة سبق أن أشارت اليه فى عقد من العقود ، فان دفتر الشروط العامة القديم هو الذى يحكم العلاقة التعاقدية لتلك الشروط فى مواجهة المتعاقد .

(ب) الشروط التى تتعلق بإبرام العقد^(٤) : وهذه الشروط هى التى توضح لرجال الادارة كيفية إبرام العقد ، وتعتبر بطبيعة

= الفقيه «Laroque» بعنوان «Les usagers des services industriels» ص ٢١ ، ومؤلف الفقيه «Montmerle» بعنوان «Commentaire Pratique des C.C.G. des Ponts et chaussées» طبع سنة ١٩٥١ ، ص ١١٦ وما بعدها .

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٣ أبريل سنة ١٩٤٠ فى قضية «Commune de Gignac» المجموعة ص ١٢٧ ، وفى ٨ مارس سنة ١٩٤٦ فى قضية «Ville d'Amièrès» المجموعة ص ٧٦ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٥ يونيو سنة ١٩٤٢ «Etable. Bancel» المجموعة ص ١٩١ .

(٣) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ فى قضية «Min Guerre» المجموعة ص ١٧٩ .

(٤) «Les clauses des C.C.G. concernant la conclusion du contrat» .

الحال ذات طبيعة لائحية «*clauses réglementaires*» باعتبارها قرارا صادرا من الوزير .

ولما كانت كيفية التعاقد مبينة فى المادة فى القرارات واللوائح المنظمة للمناقصات والمزايدات العامة ، فان معظم ما يرد فى دفاتر الشروط العامة بهذا الخصوص ، هو من قبيل الأوامر والاجراءات الداخلية^(١) التى لا يترتب على مخالفتها بطلان التعاقد ، وان عرضت مخالفتها للمعقاب الادارى .

ثانيا : دفاتر الشروط الخاصة بنوع واحد من العقود :

«*Les cahiers des prescriptions communes*» ويرمز اليها بالحروف C.P.S.

وهذه الدفاتر تتعلق بوزارة أو مصلحة معينة كالنوع السابق ، ولكنها تخصص بنوع بعينه من العقود التى تبرمها تلك الوزارة أو المصلحة ، كعقود الأشغال أو التوريد مثلا . وما قيل على النوع الأول من دفاتر الشروط يصدق على هذا النوع الثانى من الدفاتر .

ثالثا - دفاتر الشروط الخاصة *Les cahiers des prescriptions*

spéciales (ويرمز اليها بالحروف C.P.S.) وهذه الدفاتر هى أشد الدفاتر تخصيصا ، فهى تحتوى على الشروط الخاصة بكل عقد يراد إبرامه ، فمهمة هذه الدفاتر أنها تكمل ما يكون من نقص فى النوعين السابقين من الدفاتر بالنسبة الى العقد محل الإبرام ، كما أنها تستطيع تعديل الأحكام العامة الواردة بهما بما يكيف شروطهما وفقا لموضوع التعاقد المحدد ، فى الحدود المسموح بها بطبيعة الحال .

رابعا - ويصاحب دفاتر الشروط السابقة وثائق أخرى :

تتملق بالتفصيلات الجزئية لعملية التعاقد ، ومثال ذلك قوائم الأسعار أو جداول الفئات *Le Bodereau des prix* التى توضح كيفية

(١) «*des clauses d'ordre intérieur*» مؤلف جيز فى العقود الادارية المراجع السابق ، ص ١٦٤ .

تحديد الادارة للأسعار بالنسبة الى الأعمال المطلوب تنفيذها أو المواد المراد توريدها . ومنها أيضا المقاييس والمواصفات المتعلقة بمدى الأعمال المطلوبة «L'avant-métré» ويتم هذا عادة بصورة اجمالية ، والبيانات المفصلة المتعلقة بطبيعة المواد المستعملة ومصدرها ، وكيفية تسليم الأصناف أو الأعمال وتسديد الثمن . . . الخ .

٣ - القرارات التنظيمية العامة والعقود الادارية : لقد ذكرنا فيما سلف أن كثيرا من الأحكام المنظمة للعقود الادارية قد وردت في لائحة المناقصات والمزايدات ، كما ترد في قرارات أخرى مستقلة . ولا شك أن الادارة ملزمة بما يرد في تلك القرارات من أحكام . ولكن هل تعتبر تلك الأحكام مكملة للعقود الادارية اذا لم يشير اليها في العقد صراحة ؟ لقد ذهبت الجمعية العمومية لقسم الرأى فى فتاها الصادرة فى ٥ أبريل سنة ١٩٦٧ (س ٢١ ، ص ١٥٩) الى أنه « لا تعتبر لائحة المناقصات والمزايدات مكملة للعقد بحيث يمكن تطبيق الجزاءات المبينة بها ما لم يتضمن العقد أحكامها ، أو الاحالة عليها ، باعتبارها جزءا مكملًا له ، الأمر غير المتوافر فى هذا العقد » ولكن المحكمة الادارية العليا تذهب الى عكس هذا المذهب فى حكمها الصادر فى ٦ يناير سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٣٦٩) : فلقد اعتنقت محكمة القضاء الادارى المذهب السابق ، اذ رفضت توقيع غرامات التأخير المنصوص عليها فى لائحة المناقصات والمزايدات ، بحجة أنها غير منصوص عليها فى العقد . ولكن المحكمة الادارية العليا ألغت حكمها وقررت « أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن القوانين واللوائح التى يتم التعاقد فى ظلها تخاطب الكافة ، وعلمهم بمحتوياتها مفروض ، فان أقبلوا - حال قيامها - على التعاقد مع الادارة ، فالمفروض أنهم قد ارتضوا كل ما ورد بها من أحكام وحينئذ تندمج فى شروط عقودهم ، وتصير جزءا لا يتجزء منها ، حيث لا فكاك من الالتزام بها ، ما لم ينص العقد صراحة على استبعاد أحكامها كلها أو بعضها عدا ما تعلق منها بالنظام العام » . وطبقت المحكمة ذات المبدأ بالنسبة للوائح الأخرى التى تتعلق ببعض

المعقود ، وذلك في حكمها الصادر في ٣ أبريل سنة ١٩٧١ (س ١٦ ، ص ٢١٣) حيث تقرر أن القواعد التي فرضها مجلس الوزراء في ١٨/٧/١٩٥٥ للالتحاق ببعض المعاهد التي تلتزم الحكومة بتعيين خريجيها حتى لا يصاد الكشف الطبى عليهم عند التعيين . . . تعتبر بمثابة لائحة عامة تنظيمية متعلقة بحسن سير مرفق عام ، فانه لا مناص من اتباعها دون حاجة للنص عليها صراحة في العقد الادارى » . ومسلك المحكمة الادارية العليا أكثر انسجاما مع القواعد العامة في هذا المجال ومع مسلك القضاء الادارى الفرنسى الذى اءترضناه فيما سلف .

ولهذا نصت المادة ٤٠ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ صراحة على أنه « يجب النص في شروط المعطاء على أن تعتبر أحكام اللائحة التنفيذية لهذا القانون جزءا مكملًا لهذه الشروط يخضع لها المعقد » . وهذا النص الكاشف مفيد ، لأنه يقطع الجدل في هذا الأمر .

المَبَابُ الثَّالِثُ

سلامة و بطلان العقود الادارية

١ - سرنا فيما سبق مع خطوات ابرام عقود الادارة ، ولمسنا القيود التى يفرضها المشرع على الادارة فى ابرام عقودها ، سواء من حيث اختيار المتعاقد ، أو الشروط السابقة على عملية التعاقد ، أو شرط الكتابة . ورأينا جزام الاخلال بتلك القيود . واحترام تلك القيود ليس هو كل شيء فى نطاق عقود الادارة بصفة عامة ، والعقود الادارية بصفة خاصة ، بل لسلامة العقود الادارية يجب أن يستكمل العقد أركانه الداخلية . (Conditions internes de validité)

٢ - وإذا كانت العقود الادارية بمعناها الفنى الدقيق ، تتميز عن عقود القانون الخاص التى يبرمها الأفراد أو الادارة من عدة نواح جوهرية - رأينا بعضها فيما سبق ، ونرى باقيةا فيما بعد - فان موضوع شروط السلامة الذاتية للعقود الادارية ، لا يكاد يختلف عن مثيله فى القانون الخاص . فالقاضى الادارى ، يلجأ الى ذات القواعد المطبقة فى القانون الخاص ، والتى تحكم هذا الموضوع ، ولا يخرج عنها الا بالقدر الذى تستلزمه طبيعة الحياة الادارية ، وأوضاع التنظيمات الادارية .

فالفقيه بيكتيو يعلق بصراحة ، أن القضاء الادارى ، فى هذا الصدد ، يلجأ الى النظريات المدنية ، ولا يحورها تحويرا كبيرا :
«Lorsqu'il s'agit de contrats administratifs, le juge administratif utilise, sans les transformer de façon profonde, les théories civilistes».

وهذا بذاته هو المعنى الذى يؤكدہ الأستاذ دى لوبادير ، حيث يقول :

«On peut donc dire que les notions fondamentales exprimées en la matière dans le Code Civil constituent le fond principal valable pour les contrats

(١) بحث المنقور فى مجموعة «Juris-Classeur Administratif» ، سنة ١٩٥٣ ، رقم ٥٠٥ ص ٣٧ .

administratifs et l'on verra que la jurisprudence les applique quelquefois purement et simplement, parfois même en visant les dispositions du Code Civil. (١)

والى هذا المعنى أشارت محكمة القضاء الإدارى المصرية - وإن كانت أشارتها قد وردت فى صيغة عامة - فى حكمها الصادر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ حيث تقول : « ومن حيث ان النظرية القانونية العامة فى العقود الادارية ، تبدأ على غرار مثلتها فى العقود المدنية بالتقضى عن شروط تكوين العقد الادارى ومن بعدها تبحث عن شروط صحة انعقاد العقد » (٢) ، كما أن المحكمة الادارية العليا قد لجأت الى نصوص القانون المدنى فى كثير من أحكامها نورد بعضها - دون ترتيب خاص - كأمثلة فى هذا المجال ، ونرجى التفصيل الى موضعها مع هذا المؤلف :

- ان الفلظ فى الشيء المبيع أو فى محل التوريد الذى من شأنه أن يعيب الارادة ويؤثر فى صحة العقد ، ويجوز للمتعاقد الذى وقع فيه أن يطلب ابطال العقد بسببه ، يشترط فيه طبقا لحكم المادتين ١٢٠ و ١٢١ من القانون المدنى ٠٠٠ « وأحكام الفلظ التى أوردها القانون على هذا النحو لا تتعارض مع الأسس العامة للعقود الادارية ومن ثم يتمين الأخذ بها » (ادارية عليا فى ١٩٦٨/٣/٢ مجموعة المبادئ المؤقتة ٠ ص ١٢) .

- ان من المقرر قانونا فى مجال العقود - ادارية كانت أو مدنية - ان الفلظلات المادية فى الكتابة أو فى الحساب التى يقع فيها أحد المتعاقدين واجبة التصحيح . وأشار الحكم الى المادة ١٢٣ من القانون المدنى (ادارية عليا فى ١٩٧٣/١١/٢٤ ، المجموعة السابقة ص ١٣)

(١) مؤلفه السابق ، ص ٢٠٠ .

(٢) سبق الإشارة اليه . ولقد سبق أن أوردنا أحكاما أخرى فى هذا الخصوص للمحكمة الادارية العليا لاسيما حكمها الصادر فى ٣١ مارس سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٥٢٧) حيث تقرر « ان بعض القواعد والمبادئ العامة فى القانون المدنى مما لا تختلف فيه روابط القانون العام عن روابط القانون الخاص ، وبالتالي ليس ثمة ما يمنع من نقلها الى نطاق القانون العام ، وادماجها فى القواعد الخاصة به » . وراجع أيضا حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٥٨ (الستتان ١٢ و ١٣ ص ١١٢) .

- من الأمور المسلمة في العقود كافة - سواء كانت عقودا ادارية أو مدنية - ان الخطأ العقدي هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد (ادارية عليا في ١٥/٢/١٩٦٩ ، ذات المجموعة - ص ٤٤) .

- التنفيذ العيني هو الأصل في جميع العقود ، ادارية أو مدنية وأشارت المحكمة الى المادتين ١٩٩ و ٢٠٣ من القانون المدني (حكمها في ٢٠/٥/١٩٦٧ ، ذات المجموعة ، ص ٤٥) .

- ضمان المقاول لما يقيمه من أعمال ، والمنصوص عليه في المادتين ٦٥١ و ٦٥٤ ينطبق على العقود الادارية ، ما دام لا يمارس مع روابط القانون العام (حكمها في ٦/٤/١٩٦٨ ذات المجموعة ، ص ٥١) .

- ان أحكام التضامن ، المنصوص عليه في المادة ٢٧٩ مدني تسري على العقود الادارية (ادارية عليا في ١٨/١١/١٩٧٦ ، ذات المجموعة ص ٥٢) وأن التضامن لا يفترض اعمالا لحكم المادة ذاتها (ادارية عليا في ٣/٥/١٩٧٥ ، ذات المجموعة ، ص ٥٣) .

- ان قواعد التفسير المقررة في القانون المدني ، انما تقوم على حسن الفهم والادراك ، وأنها انما وضعت لتعين القاضي على الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين . واذا كان هذا هو الشأن في مجال القانون الخاص بقواعده المقننة ، « فان القانون الاداري - وهو غير مقنن - أولى بأن تسوده هذه الفكرة » (ادارية عليا في ٢٠/٥/١٩٦٧ ، ذات المجموعة ، ص ٦٠) .

- وجوب تصحيح الأخطاء المادية التي تقع في العقد ، والتي تعتبر من « غلطات القلم » وأشارت المحكمة الى المادة ١٢٣ من القانون المدني (ادارية عليا في ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٧٣ ، مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ١٩ ، ص ١٧) .

- ان العقد الاداري - شأنه في ذلك شأن عقود القانون الخاص - يقوم أساسا على وجود ارادتين متطابقتين ، بحيث اذا لم يوجد هذا

التطابق أو تغلفت شروط صحته كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال حسب الأحوال ، وأشارت المحكمة الى المادة ١٢٠ من القانون المدني الخاصة بالنفل . (ادارية عليا فى ٢٩ يونية سنة ١٩٧٤ ، مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ١٩ ص ٤٥٠) .

- فى عقد الكفالة - وفقا للمادة ٧٧٣ من القانون المدني - يجب أن يكون رضاء الكفيل بكفالة المدين واضحا ولا ضموض فيه (المحكمة الادارية العليا فى ٢١ يونية سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ٢٠ ص ٤٥٣) .

- سعر الفائدة المقرر فى المادة ٢٢٦ من القانون المدني ، يسرى على العقود الادارية فى شروطه ومقداره (ادارية عليا فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٧٥ ، مجموعة أحكام المحكمة ، س ٢٠ ص ٢١٨) .

- عقد الصلح يرجع فيه الى المادة ٥٤٩ مدنى والمادة ٥٥٣ (حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٢٤ يناير ١٩٧٦ ، مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ٢١ ، ص ٣٢) .

- المادتان ٢٦٨ و ٢٧٠ من القانون المدني ، الخاصتان بأحكام الالتزام المعلق على شرط واقف تطبيقان فى مجال العقود الادارية (الادارية العليا فى ٢٦ فبراير ١٩٨٠ ، الطعن رقم ٤٨٠ لسنة ٢١ قضائية) .

٣ - ولقد لاحظ الفقهاء بحق أن قضاء مجلس الدولة الفرنسى فيما يتعلق بالميوب التى تشوب الرضا أو المحل أو السبب فى العقود الادارية شحيح ، ومرد ذلك الى :
١ -

الأول : أن الاجراءات الشديدة والمعقدة التى تفرضها التشريعات على طريقة تماقد الادارة ، تجعل مجال الأخطاء المتعلقة بأركان العقد نادرة من الناحية العملية .

الثانى : أن معظم الطعون الموجهة فى هذا الصدد تثار فى نطاق رقابة المشروعية ، بمعنى أنها توجه كدعوى يطلب الغاء القرارات

الادارية المنفصلة غير المشروعة للأسباب السابقة ، وعلى التفصيل الذى أوردناه فى القسم الأول من هذا المؤلف •

٤ - ولما كان هذا المؤلف يستهدف بصفة أساسية إبراز الأسس العامة التى تقوم عليها العقود الادارية بمعناها الفنى ، فاننا نعرض الموضوع بغاية الاختصار ، محيلين فى التفاصيل الى القواعد المدنية المقررة فى هذا الصدد ، ومع التنبيه الى الخلاف الموجود بين القواعد المدنية المقررة فى فرنسا والقواعد المقررة فى القانون المدنى المصرى الجديد • وهذه القواعد هى التى تطبق بطبيعة الحال ، على أساس أن فكرتنا المجردة عن العقد انما يرسمها قانوننا المدنى • ومن ثم فاننا ندرس على النحو التالى :

أولاً : العيوب التى تشوب أركان العقد الادارى •

ثانياً : جزاء بطلان العقد •

المبحث الأول

العيوب التى تشوب أركان العقد الادارى

يقوم العقد الادارى - كما هو الشأن فى القانون الخاص - على أركان ثلاثة ، هى الرضا «consentement» والمحل «L'objet» ، والسبب «La cause» ، وفيما يلى نعرض لكل ركن من هذه الأركان باختصار :

الفرع الأول

الرضا

لا يمكن أن يكون ثمة عقد الا اذا تلاقى ايجاب وقبول من الادارة والمتعاقد معها ، فذلك جوهر الرابطة التعاقدية ، وما يميزها عن تصرف الادارة عن طريق القرارات الادارية التى تصدر عن ارادة الادارة وحدها • ولا يكفى أن يوجد رضاء الادارة ، بل يتعين أن يكون هذا الرضاء سليماً • ولسلامة الرضاء الصادر من الادارة ، يتعين أن يتوافر فيه الشروط الآتية :

أولاً : أن يصدر رضاء الإدارة ، من جهة الإدارة المختصة ، وفقاً للأوضاع المقررة ، من حيث الشكل والاختصاص على النحو الذي عرضناه فيما سلف . وقد رأينا جزاء مخالفة تلك القواعد .

ثانياً : أن يكون رجل الإدارة المتعاقد باسم الإدارة أهلاً للتعاقد ، وهذا أمر مفروض ، ولا يهتم القانون الإداري كثيراً بدراسته نظراً لافتراض الأهلية في رجال الإدارة . فإذا كان التعاقد مع شخص من أشخاص القانون العام ، فيجب أن يصدر قرار المجلس الممثل لهذا الشخص وفقاً للإجراءات المقررة من حيث مكان الانعقاد وزمانه ، ونصاب الانعقاد ، والأغلبية المشروطة في إصداره . . الخ^(١) .

ثالثاً : أن يخلو رضاء الإدارة من عيوب الرضا وهي :

١ - **إلغاط :** «L'erreur» ويطبق مجلس الدولة الفرنسي بخصوصه القواعد المدنية المقررة في هذا الصدد ، فيبطل العقد إذا أخطأت الإدارة في شخص المتعاقد «Erreur sur la personne» ويلاحظ أن الصفة الشخصية لمعقود الإدارة «intuitus personae» تؤدي إلى كثرة البطلان من هذه الناحية . ومن أوضح الأمثلة على ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٠ في قضية «Domergue»^(٢) حيث تعاقد أحد ممثلي الشركات مع الإدارة بصفته الشخصية ، في حين أن الإدارة قد قصدت التعاقد معه بصفته ممثلاً للشركة .

وما قيل من الخطأ في الشخص ، يصدق على الخطأ في محل التعاقد ، أو طيبة العقد . . الخ مما تفصله كتب الفقه المدني^(٣) . ولقد أشارت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٢ مارس سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٦٢٥) إلى القواعد المدنية في إلغاط في قضية تتلخص ظروفها في أن إدارة المشتريات بمصلحة المخازن بوزارة الصحة قد طلبت توريد عدد كبير من المبايق الزجاجية ،

(١) في التفاصيل يرجع مؤلفنا « النظرية العامة للقرارات الإدارية » المرجع السابق ، تحت عنوان الشكل في حالة القرارات الصادرة من المجلس .

(٢) المجموعة ، ص ٨١٣ .

(٣) راجع الوسيط للسنهوري ، ص ٢٨٩ وما بعدها .

فتقدم أحد المواطنين بمطام على أساس عينة قدمها هو ، فقررت لجنة البت قبول المطام على أساس التوريد وفقا لعينة قسم الصدر التي لم يستدل عليها . ولما رفضت الادارة تسلم البضاعة الموردة على أساس عدم المطابقة ، رفع النزاع الى القضاء الادارى ، وضمنت المحكمة الادارية العليا حكمها الصادر فى هذا الشأن مبدءا يقضى بأن « أحكام الغلط التي أوردها القانون المدنى (فى المسادتين ١٢٠ و ١٢١) لا تتعارض مع الأسس العامة للمقود الادارية ، ومن ثم يتعين الأخذ بها^(١) . كما أنها فى حكمها الصادر فى ١٥/٢/١٩٦٩ (مجموعة المبادئ المؤقتة ، ص ٤٤) تؤكد أنه من الأمور المسلمة فى المقود كافة ، سواء كانت عقودا ادارية أو مدنية ، أن الخطأ المعقضى هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أيا كان السبب فى ذلك ، يستوى فى ذلك أن يكون عدم التنفيذ ناشئا عن عمد أو اهماله ، أو عن فعله دون عمد أو اهمال .

٢ - التذليل : « Le dol » وكثيرا ما يشير مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد الى المواد ١١١٦ و ١١٥٣ و ١١٥٤ من المجموعة المدنية المتعلقة بهذا الموضوع . ومن ذلك على سبيل المثال ، حكمه الصادر فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٣ فى قضية « Grands moulins de Corbeil »^(٢) وهو من أحكام المجلس المطولة على خلاف عادته فى الاختصار.^(٣) : وهنا أيضا نحيل الى الفقه المدنى المصرى فى هذا الصدد^(٤) .

(١) وفى خصوص النزاع ، لم تر المحكمة أن ما حدث فى القضية من قبيل الغلط لأن تحديد جهة الادارة للمصنف المطلوب على هذا النحو « لا يعد من قبيل الغلط لتتلاقى الارادتين على العينة التي كانت محل اعتبار عند التعاقد » .
(٢) المجموعة ، ص ٨٥٢ .

(٣) جاء فى هذا الحكم قول مجلس الدولة الفرنسى :

« Si le contrat légalement formé tient lieu de loi à ceux qui l'ont fait ... il n'en est pas de même lorsque les manœuvres de l'une des parties ont constitué un dol : ces manœuvres entraînent la résolution du contrat s'il est prouvé que sans elles l'autre partie n'aurait pas contracté; elles ne donnent lieu au contractant qu'à des dommages-intérêts au profit du contractant qui en a subi les effets lorsque, sans être la cause déterminante de sa volonté, elles ont eu pour résultat de l'amener à accepter des conditions plus onéreuses que celles auxquelles il aurait dû normalement souscrire et de lui causer ainsi un préjudice dont il est fondé à demander réparation. »

(٤) الوسيط للمنهجوى ، ص ٣١٨ وما بعدها .

٣ - **الاكراه** : «La violence» ولما كانت الادارة طرفا فى العقود الادارية ، فانه من النادر أن يقع اكراه فى التعاقد . ومن ثم فان معظم الأحكام الصادرة من مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد أحكام سلبية تكتفى باعلان مبدأ بطلان العقد اذا شاب الرضا اكراه ، ولكنها تنتهى موضوعيا الى عدم قيام الاكراه . ومن أوضح الأمثلة على ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٩ يناير سنة ١٩٤٥ فى قضية «Sté Voisin» ^(٢) ، والذى جاء فيه - بنصوص احتجاج الشركة المتعاقدة بأنها أكرهت على قبول العقد نتيجة لموقف عمالها منها - قول المجلس :

«Il resulte de l'instruction, que la menace dont se prévaut la société ne présentait pas un caractère de violence de nature à vicier le consentement de ses dirigeants».

أما حيث يثبت الاكراه ، فان مجلس الدولة يعمل المبادئ المدنية المسلم بها ^(٣) .

ولم نجد قضاء لمجلس الدولة المصرى فى هذا الصدد فى موضوع العقود ، ولكن مجلس الدولة المصرى طبق الأفكار الأساسية فى الاكراه فى نطاق القرارات الادارية ، فلقد جرت محكمة القضاء الادارى المصرية باستمرار ، على أن الاكراه الذى يشوب ارادة الموظف عند تقديم الاستقالة ، يؤدى الى بطلان القرار الصادر بقبولها . وأقرت المحكمة الادارية العليا هذا القضاء فى حكمها الصادر فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٥٥ (الطعن رقم ١٥٨ لسنة ١ قضائية) حيث تقول : « من حيث ان الاستقالة باعتبارها مظهرا من مظاهر ارادة الموظف فى اعتزال الخدمة يجب أن تصدر برضا صحيح ، فيفسده

(١) المجموعة ، ص ١٩ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٥ فبراير سنة ١٨٩٥ فى قضية «Sté, ds, Mines de Lens» ، ويتعلق باتخاذ اجراءات ادارية معينة ضد شركة بقصد اجهارها على التعاقد .

ما يفسد الرضا مع عيوب ، ومنها الاكراه ان توافرت عناصره : بأن يقدم الموظف الطلب تحت سلطان رهبة بعثتها الادارة فى نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس بأن كانت ظروف الحال تصور له أن خطرا جسيما محققا يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ، ويراعى فى تقدير الاكراه جنس من وقع عليه هذا الاكراه وسنة وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى ارادته ، فالاكراه يشتمل على عنصرين : عنصر موضوعى هو الوسائل التى تولد الايحاء بخطر جسيم * وعنصر نفسانى هو الرهبة التى تبعثها تلك الوسائل فى النفس * * ومع حيث ان الاكراه باعتباره مؤثرا فى صحة القرار الادارى يخضع لتقدير المحاكم الادارية فى حدود رقابتها لمشروعية القرارات الادارية ، كما يخضع لرقابة المحكمة الادارية العليا فى تمقيها على أحكام تلك المحاكم » وما قالت المحكمة فى خصوص القرارات الادارية ، التى هى تعبير عن ارادة الادارة المنفردة ، يصدق من باب أولى على العقود الادارية التى هى تلاقى ارادتين *

وواضح من ناحية أخرى ، أن ما ذكرته المحكمة الادارية العليا ان هو الا تطبيق للمبادئ المدنية فى هذا الصدد ، ومع ثم فاننا نحيل أيضا فى التفاصيل الى المراجع المدنية^(١) .

٤ - الغبن «La lésion» ورث القانون المدنى الفرنسى نظرة الثورة الفرنسية الى الغبن ، تلك النظرة الفردية ، التى تضيق مع نطاق حق الالتجاء الى الغبن الى أقصى حد ممكن * وبهذه الروح صدرت المادة ١١١٨ من القانون المدنى الفرنسى ، والتى لا تجعل الغبن مؤثرا فى صحة العقود الا فى احوال استثنائية * وقد تابع مجلس الدولة الفرنسى النظرة السابقة ، فضيق من حالات الغبن فى

(١) الوسيط للسنهورى ، المرجع السابق ، ص ٣٣٤ وما بعدها .

مجال عقود الإدارة ، ولم يسمح به الا اذا أجاز نص تشريعى الالتجاء اليه^(١) .

وهذا كله بطبيعة الحال فيما يتعلق بالفئح الذى يتم وقت إبرام العقد . أما الفئح الذى يصيب المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإدارى ، فإن له حكمه الذى نعرض له فيما بعد ، والذى التزم فيه مجلس الدولة الفرنسى مسلکا أصيلا لا علاقة له بالأفكار المدنية المقررة فى هذا الصدد .

ونحن نعلم من ناحية أخرى أن القانون المدنى المصرى الجديد ، قد سلك فيما يتعلق بالفئح مسلکا جديدا ومغاير المسلك القانون المدنى الفرنسى فى هذا الخصوص ، فقد نصت المادة ١٢٩ منه على ما يلى : « ١ - اذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتبادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقدين الآخرين ، وتبين أن المتعاقدين المفسون لم يبرم العقد الا لأن المتعاقدين الآخرين قد استفل فيه طيشا بينا أو هوى جامعا ، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقدين المفسون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقدين » .

٢ - ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، والا كانت غير مقبولة .

٣ - ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الابطال اذا عرض ما يراء القاضى كافيا لرفع الفئح » .

وواضح من هذا النص أن المشرع المصرى يأخذ فى تحديد الفئح بالنظرية النفسية فى الاستغلال ، لا بالنظرية المادية . ولما كان مجلس الدولة الفرنسى قد التزم الخطة السابقة ، لأنها تنسجم مع مسلكه العام

(١) أحكام المجلس مطردة فى هذا المعنى ومنها حكمه الصادر فى ٢١ مايو سنة ١٩٤٨ فى قضية «Soc. coopérative de production» المجموعة ص ٦٤١ وفى ٣ يونيو سنة ١٩٥٣ فى قضية «Brougelay» مجموعة «Actual. Jur. 1954, II, p. 379»

القاضي بتطبيق المبادئ المقررة فى القانون المدنى فى هذا المجال ، باعتبارها تقنيناً لقواعد عامة فى المدالة تصدق على المجال المدنى كما تصدق على العلاقات الادارية ، فانه لا محل - فى نظرنا - لأن يتقيد مجلس الدولة المصرى بالنهج الذى يسير عليه مجلس الدولة الفرنسى ، ما دام قانوننا المدنى يختلف فى هذه الجزئية عن القانون المدنى الفرنسى . ومن ثم فأننا نرى أن يؤخذ بقواعد الفيق التى تقررها المادة السابقة فى مجال العقود الادارية ، وان كنا نلاحظ أن هذه النظرة النفسية فى الفيق والتى أخذ بها القانون المدنى المصرى الجديد ، سوف تضيق عملاً مع نطاق تطبيق الفيق فى مجال عقود الادارة ، لضعف احتمال استغلال الادارة لطيش أو هوى من يتماقدون معها . ونكتفى بالاحالة الى المراجع المدنية^(١) .

الفرع الثانى

المحل

وهنا أيضاً يطبق القضاء الادارى المبادئ المدنية فيما هذا ما تستلزمه طبيعة العقود الادارية . وقياساً على ذلك ، فان هذا الموضوع تحكمه فى مصر المواد من ١٣١ الى ١٣٥ من المجموعة المدنية . ومن ثم فأننا نحيل فى هذا الخصوص الى المراجع المدنية^(٢) . هذا ولقد صاغت المحكمة الادارية العليا هذا المبدأ فى حكمها الصادر فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٦٦ (س ١٢ ، ص ٥٠٣) حيث تقول : « ومن حيث انه يشترط فى محل العقد - أيا كان العقد - أن يكون قابلاً للتعامل فيه . ويكون الشيء غير قابل للتعامل فيه - فلا يصح محلاً للالتزام - اذا كان التعامل فيه محظوراً أو غير مشروع لمخالفته للنظام العام . وينبى على ذلك أن العقد يقع باطلاً ، فلا ينمقد قانوننا ، ولا ينتج أثراً ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك ببطالانه . وللمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها ، ولا تصح

(١) الوسيط للسنهورى ، المرجع السابق ، ص ٣٦٠ وما بعدها .

(٢) الوسيط للسنهورى ، المرجع السابق ، ص ٣٧٥ وما بعدها .

اجازة العقد • وإذا تقرر هذا البطلان فيعاد التعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد • وكان الموضوع ينصب على اتفاق بين الادارة وأحد الموردين لتوريد شوك وسكاكين وملابس طباقا لمينة تحتوى على نسب عالية جدا من المواد الضارة التي تعرض مع يستعملها للخطر ، فقالت : « ومن حيث ان الثابت من التحليل أن من شأن استعمال الأدوات محل العقد تعريض سلامة المستهلكين لخطر التسمم ، وهو أمر في ذاته مخالف للنظام العام ، فان للنفس حرمة لا يجوز انتهاكها ، وفضلا عن ذلك فان دخول النحاس في تركيب هذه الأدوات بالنسبة التي كشف عنها التحليل ، مخالف للنظام العام من جهة أخرى لمخالفته لأحكام أحد القوانين الجنائية ، والقوانين الجنائية تعتبر من النظام العام » •

ويكفي في هذا الصدد أن نلاحظ بخصوص المحل ، أن ثمة أموراً يحرم المشرع التعاقد بشأنها صراحة ، كما أن بعض المسائل لا يجوز أن تكون محل تعاقد بين الادارة والأفراد ، لأن ذلك يتنافى مع طبيعة المراكز الادارية •

أولاً - المحل غير مشروع لأن المشرع يحرم التعاقد بخصوصه :
إذا ما منع المشرع صراحة التعاقد بخصوص أمر معين ، سواء أكان شيئاً يبراد شراؤه أو عملاً يبراد تنفيذه ، فان الادارة ملزمة باحترام ارادة المشرع ، وكل مخالفة لهذا المحظر تؤدي الى بطلان التعاقد • ولا صمود في هذا الأمر • وكل ما يعنينا في هذا المقام هو ضرب بعض الأمثلة التي وردت في هذا الخصوص سواء في القانون أو في لائحة المناقصات والمزايدات :

١ - المادة ٣٨ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والتي تنص على أن « يحظر على العاملين بوحدة الجهاز الادارى للدولة ، ووحدات الحكم المحلى (الادارة المحلية) والهيئات العامة التقدم بمطامير أو عروض لتلك الجهات ، كما لا يجوز شراء أصناف منهم أو تكليفهم بتنفيذ أعمال • ولا يسرى ذلك على شراء الكتب مع تأليفهم ، أو تكليفهم بالقيام بأعمال فنية كالرسم والتصوير وما يماثلها أو شراء

هذه الأعمال الفنية منهم اذا كانت ذات صلة بالأعمال المصلحية ، وعلى أن يتم الشراء والتكليف فى الحدود ، ووفقا للقواعد والاجراءات التى تبينها اللائحة التنفيذية • كما يحظر على العاملين بتلك الجهات الدخول فى المزايدات والممارسات بأنواعها ، الا اذا كانت الأشياء المشتراة لاستعمالهم الخاص ، وكانت مطروحة للبيع عن طريق جهات غير التى يعملون بها ، ولا تخضع لاشراف الجهة التى يعملون بها » •

٢ - المادة ٥ من اللائحة التنفيذية ونصها : « يحظر التعاقد بقصد استنفاد الاعتمادات المالية ، كما يحظر فى الشهر الأخير من السنة المالية شراء أصناف أو اجراء مساومات الا فى الحالات الاستثنائية التى تقتضيها ضرورة العمل ، على أن تبين مبررات ذلك فى مذكرة تعرض على السلطة المختصة بالاعتماد » •

٣ - المادة ٨ من اللائحة ، والتى أعادت ترديد حكم المادة ٣٨ من القانون ، وتضمنت الأحكام التفصيلية للاستثناءات المقررة فى المادة •

٤ - المادة ١٠٤ من اللائحة والتى تحرم بيع الأصناف الجديدة الا للوزارات والمصالح ووحدات « الحكم المحلى » والهيئات العامة ، وتضع ضوابط الاستثناء من هذا الأصل •

ويجب أن يلاحظ من ناحية أخرى ، أن الموظف الذى يتعاقد بخصوص أمر لا يجعله المشرع من اختصاصه لا يرتكب عملا مشوبا بمييب الاختصاص فحسب ، وإنما يتعدى خطؤه أيضا الى محل المقد فيفقدو غير مشروع^(١) •

ثانيا - المحل غير مشروع لتنافى التعاقد بخصوصه مع طبيعة الروابط الادارية : فالقانون الادارى يعرف مثلا المراكز النظامية العامة *Les situations légales ou objectives* وهذه المراكز تحددها القوانين مباشرة بصرف النظر عن شأغلها ، ويتواجد الأفراد فيها بطريق

(١) بحث الفقيه بيكينو ، رقم ٥٠٥ ، ص ٤١ (برقم ٣٦٥) •

الأعمال الشرطية «Les actes condition» والمسلم به في القانون الإداري أن دور الأعمال الشرطية يقتصر على استناد هذه المراكز النظامية للمستفيدين منها ، فيتمتعون بما تنيله من حقوق ، ويلتزمون بما تفرضه من التزامات ، وكل ذلك حسب ما تحدده القوانين واللوائح أو بصفة عامة القواعد المشرعة «Les actes réglementaires»^(١) . وقد رتب القضاء الإداري على الفكرة السابقة أنه لا يجوز للإدارة أن تجعل هذه المراكز النظامية العامة محلا للتعاقد ، لأنها لا تستطيع باتفاق مباشر بينها وبين الأفراد تعديل تلك المراكز النظامية العامة .

وتطبيقا لهذه القاعدة ، يجرى القضاء الإداري في فرنسا على الحكم ببطلان كل اتفاق تبرمه الإدارة مع موظفيها لا نقاص المزايا التي تضمنها لهم المركز النظامي العامة^(٢) .

وهذا هو المسلك الذي التزمته محكمة القضاء الإداري في مصر . ومن ذلك حكمها في ٢٢ فبراير سنة ١٩٥٤ والذي تقول فيه : « ... إذا كان التنازل قد انصب على حق مقرر للموظف قانونا وواجب الحكومة العمل على وصوله لصاحبه ، لا المساومة عليه ، فانه باطل ... ذلك لأنه لا يجوز أن يتفق على تعديل حق للموظف أو تخفيضه ... لأن علاقة المؤلف بالحكومة هي علاقة تنظيمية لائحية »^(٣) .

ووفقا للقواعد السابقة ، يقضى مجلس الدولة الفرنسي ببطلان كل اتفاق خاص يتم بين ملتزم المرفق العام ، وبين أحد

(١) راجع في التفاصيل مؤلفنا « النظرية العامة للقرارات الإدارية » المرجع السابق في أي من طبعاته المتعددة .

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٣٩ في قضية «Portobello» منشور في مجموعة دالوز سنة ١٩٢٩ ، ، القسم الثالث ، ص ٥٧ مع تعليق «Bismarck» . وقد جاء فيه :

«La situation des fonctionnaires telle qu'elle est définie par les lois et règlements, ne saurait être modifiée par des actes contractuels».

وراجع أيضا حكمه الصادر في ٢٨ يوليو سنة ١٩٤٣ في قضية «Girets» .

(٣) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة الثامنة ، ص ٨٢٧ . ومن أحكامها القديمة ، حكمها الصادر في ٩ فبراير سنة ١٩٥٠ ، السنة الرابعة ص ٣٦٧ .

المستفيدين ، على خلاف القواعد التي يتضمنها عقد الامتياز ، وهي لائحية فيما يتعلق بكيفية أداء الخدمة كما ذكرنا^(١) .

وإذا كانت فكرة المراكز النظامية أو اللائحية قد حدثت من حرية التعاقد على النحو السابق ، فإن الإدارة تخضع لقيود أخرى مردها إلى اختصاصاتها الإدارية . فالمسلم به أن الإدارة ملزمة بممارسة اختصاصاتها على النحو الذي تقرره التشريعات . وبالتالي فإن كل اتفاق بين الإدارة والأفراد يستهدف تعديل هذه الاختصاصات أو تقييد حرية الإدارة في استعمالها ، يكون باطلا . وتطبيقا لهذا المبدأ ، حكم مجلس الدولة الفرنسي ، ببطالان الاتفاق الذي تم بين الإدارة والمتعاقد معها ، والذي تضمن تقييد حرية الإدارة في تنظيم المرافق العامة^(٢) ، وذلك الذي يمنعها من مزاوله اختصاص معين^(٣) .

وغنى عن البيان ، أنه إذا تعاقدت الإدارة مع أحد الأفراد ، وكان محل العقد مستحيلا ، فإن الأحكام المقررة في القانون المدني تطبق هنا أيضا . وهذا ما أوضحته محكمة القضاء الإداري في حكم مفصل لها ، صادر في ٤ يناير سنة ١٩٥٩ (السنتان ١٢ و ١٣ ص ١٦١) حيث تقول : « ٠٠٠ أنه وإن جاز أن يتضمن العقد الإداري شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، إلا أن جميع العقود ، إدارية كانت أم مدنية ، يجب أن تتوافر فيها الشروط العامة المتعلقة بأركان العقد ومحلّه ، فلا بد أن يكون للمقد الإداري محل ، وأن يكون المحل مشروعا وغير مستحيل في ذاته ٠٠٠ ومن ثم فمتى كانت الحكومة قد تعاقدت مع المدعى على تنفيذ عملية توسيع وتمديد الطريق رقم ٣١٢ ، فإن مقتضى هذا التعاقد الإداري ،

(١) حكمه الصادر في ٥ مايو سنة ١٩٤٢ في قضية «Cie générale des eaux» منشور في مجموعة «D. C. 1944, J. 121, conclusion odent» .
(٢) حكم المجلس الصادر في ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٧ في قضية «P.L.M.» المجموعة ص ٩١٨ ، وحكمه في ١٧ يونيو سنة ١٩٣٢ في قضية «Ville de Castelnaudary» مجموعة دالوز سنة ١٩٣٢ ، القسم الثالث ص ٢٧ مع تقرير جوس .
(٣) حكمه الصادر في ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٠ في قضية «Ass. des Bibliothécaires français» دالوز ، سنة ١٩٣٢ القسم الثالث ، ص ٢٥ مع تعليق فالين .

أن يقوم المدعى بتنفيذ العقد بأمواله الخاصة ، وعلى مسئوليته ... وهذا يقتضى لا يصدق بالنسبة الى ما ورد فى البند التاسع من جدول الفئات الخاص بالعملية المتعاقد عليها فيما يتعلق بتوريد وتركيب بوابات حديد طراز « فهمى حنين » متى كانت الحكومة قد اشترت اختراع هذا النوع من البوابات وصار من حقها دون سواها تشغيلها لمصالحها المختلفة دون الأفراد * ويترتب على ما تقدم اعتبار هذا البند من المفاوضة مما يتعارض فى طبيعته مع جوهر العقد الإدارى .. اذا اتضح مما سبق أن محل البند التاسع من جدول الفئات مستحيل على المدعى ، وعلى الأفراد كافة استحالة مطلقة ، الأمر الذى يترتب عليه بطلان هذا البند » .

الفرع الثالث

السبب

والأحكام هنا شحيحة جداً . ولعل السبب فى ذلك أنه من النادر أن تتعاقد الادارة دون سبب أو بسبب باطل . ولكن الكل يجمع على ضرورة السبب كركن فى العقود الإدارية ، وأن الأفكار المدنية هى بعينها التى تحكم الموضوع فى هذا المجال ، مع مراعاة ما يتعلق بطبيعة العلاقات الادارية كما رأينا فيما سبق^(١) .

ولعل أول حكم لمجلس الدولة الفرنسى يشير بصراحة الى ركن السبب ، كما يلاحظ الفقيه بيكنو ، هو حكمه الصادر فى ٢٩ يناير سنة ١٩٤٧ فى قضية «Michaux»^(٢) وتتعلق هذه القضية بمقد تطوع «contrat d'engagement militaire» أبرمه أحد الفرنسيين بقصد قتال الألمان ، ولكنه جند فى وحدة غير مقاتلة . فلما طالب بالغاء عقد

(١) راجع تقرير المفوض «Theis» فى قضية «Michaux» التى صدر فيها حكم المجلس فى ٢٩ يناير سنة ١٩٤٧ ، مجلة القانون العام ، سنة ١٩٤٨ ص ٧٨ مع تعليق فالين . وقد جاء فى تقرير المفوض قوله :

«Selon l'article 1131 du Code civil un contrat sans cause ne peut avoir aucun effet. La règle vaut en matière administrative à cette réserve près qu'elle doit être appliquée compte tenu des principes qui président à l'organisation et au fonctionnement des services publics.»

(٢) أشير اليه فى الهامش السابق .

تطوعه لفقد ركن السبب ، رفض المجلس الدعوى استنادا الى أن الحاق المتطوع بفرقة معينة هو أمر لاحق لاهرام العقد ، وبالتالي لا يفقد العقد سببه^(١) .

ولكن المجلس حكم بالفناء عقد ادارى لتخلف ركن السبب ، فى قضية : «Cie des Messageries Maritimes» وذلك بحكمه الصادر فى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٤٨^(٢) .

وبالرغم من قلة الأحكام التى صدرت من القضاء الادارى المصرى فى هذا المجال فقد وجدنا حكما لمحكمة القضاء الادارى صادرا فى ٢ يونية سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ قضائية) يشير الى ركن السبب فى الاتفاقات الادارية على النحو التالى : « ٠٠ ومن حيث ان التزام صاحب المطحن بانتاج عدد معين من أقات الدقيق الصافى من كل أردب من القمح الذى تقوم بتسليمه اليه سلطات التموين ثم مساولته عن عدم انتاج هذا المقدار يجب أن يقوم على سبب قانونى ، وهذا السبب يكون اما بنص فى التشريع أو بنص فى لائحة صادرة من جانب المطحن يمثل هذه المعدلات المقررة عند ابرامه العقد مع جهة الادارة التى تهيمن على مرفق التموين فى البلاد ٠٠ واما باتفاق يتضمن ذكر المعدل المقصود وينبه الى ضرورة الانتاج على مقتضاه ٠ فاذا جاء غلوا تماما من مثل هذا النص ، فقد يسترشد القاضى بما هو مع مستلزمات العقد وفقا للمرف الجارى فى التعامل بحسب طبيعة كل التزام » .

وهنا أيضا نكتفى فى أحكام ركن السبب بالاحالة الى المصادر المدنية^(٣) .

(١) «Con. que la cause juridique d'un contrat d'engagement ne peut être appréciée par rapport à un événement tel que l'affectation à une unité déterminée, survenue postérieurement à la conclusion dudit contrat; qu'ainsi le moyen invoqué n'est pas susceptible d'être retenu».

(٢) المجموعة ص ٤٢٨ .

(٣) الوسيط للسهرى ، المرجع السابق ، ص ٤١٣ وما بعدها .

الفرع الثانى

جزاء بطلان العقد الادارى

١ - يترتب على عدم استيفاء أركان العقد الادارى للشروط القانونية المطلوبة ، بطلان العقد الادارى . ويعرف القانون الادارى أيضا التمييز بين البطلان النسبى (La nullité relative) والبطلان المطلق (La nullité absolue) ولكن مجال البطلان المطلق فى العقود الادارية أوسع منه بالنسبة الى مجاله فى عقود القانون الخاص ، وذلك لأن القواعد المقررة بالنسبة الى إبرام العقود الادارية تتعلق بالصالح العام . ومن ثم يترتب على مخالفتها البطلان المطلق ، وهو المعنى الذى يكشف عنه حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٦٦ ، بخصوص الميوب التى تشوب محل العقد :

ولكن هناك بعض القواعد الأخرى المقررة لصالح الإدارة ، فلا تترتب على مخالفتها البطلان المطلق ، ومنها - فيما نرى - منع شراء الأصناف غالية الثمن ، أو الشراء فى الشهر الأخير ، ومنها أيضا ما يتعلق بميوب الرضا^(١) .

٢ - والمسلم به أن القاضى هو الذى يملك وحده تقرير بطلان العقد . وهذا المبدأ لا شك فيه فيما يتعلق بالأفراد ، ولكنه يصدق أيضا بالنسبة الى الإدارة ، فبالرغم من سلطات الإدارة الواسعة والتى سوف ندرسها تفصيلا فيما بعد ، فإن المسلم به ، أمام مجلس الدولة الفرنسى ، أن الإدارة ملزمة أيضا بأن تلجأ الى القضاء للحصول على حكم ببطلان العقد ، وأنها لاتستطيع اعلان هذا البطلان بنفسها^(٢) . وذلك بطبيعة الحال ما لم يقرر المشرع غير ذلك ، وهو أمر نادر الحصول عملا .

(١) دى لوبادير ، المرجع السابق ، ص ٢٥١ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٥ مارس سنة ١٩٥٤ فى قضية «Dlle Souliers» منشور فى مجموعة (Rev. jur. et per. de l'union fr.) سنة ١٩٥٤ ، ص ٦٢٤ ، مع تعليق المفوض «Jacomet» .

ولا يملك رفع دعوى البطلان إلا أطراف العقد كما رأينا .
٣ - ويترتب على الحكم ببطلان العقد نتيجتان هامتان : تتعلق الأولى بالفناء الآثار التي تكون قد تربتت على وجوده ، وتتمثل في الأخرى بتحديد مركز الطرفين المتعاقدين .

أولاً - إلغاء آثار العقد : يترتب على الحكم بالفناء عقد من العقود ، اعتبار العقد كأن لم يكن ، ومن ثم فإنه لا يمكن أن يترتب بذاته آثاراً في مواجهة الطرفين المتعاقدين^(١) . فإذا كان أحد الطرفين المتعاقدين لم ينفذ التزاماته المتولدة عن العقد الباطل ، فإنه لا يمكن الحكم عليه بالتعويض لهذا السبب^(٢) .

فإذا كان الطرفان قد بدما تنفيذ العقد ، فإن الحكم بالفناء يقتضى إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ . ومقتضى ذلك أن يرد كل من الطرفين ما استلمه من الطرف الآخر تنفيذاً للعقد المحكوم بالفناء .

ويطبق مجلس الدولة الفرنسي أحياناً في هذا الخصوص قاعدة (Nemo auditur propriam turpitudinem suam allegare) متى استوفت شروطها ، فلا يسمح للمتعاقد الذي نفذ التزامه باسترداد ما دفعه إذا كان في ذلك ما يمس الآداب ، تمشياً مع القواعد المدنية المقررة في هذا الخصوص^(٣) .

والذي يلاحظ في هذا الصدد أن المادة ١٤٢ من القانون المدني المصري الجديد ، قد حذف منها الفقرة الأخيرة والمتضمنة للقاعدة السالفة . فلقد كانت الفقرة الثالثة منها تنص على أنه : « لا يجوز لمن وفى بالتزام مخالف للآداب أن يسترد ما دفعه إلا إذا كان هو

(١) حكم المجلس الصادر في ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٢ في قضية «Bongrand» المجموعة ص ٣٣٥ وقد جاء فيه :

«Le contrat nul n'a pu faire naître aucune obligation à la charge des parties».

(٢) حكم «Bongrand» السابق .

(٣) حكم المجلس الصادر في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢١ قضية «Sevonneries Henri Olivo» مجلة القانون العام سنة ١٩٢٢ ص ١٥٧ مخ تقرير الخوض «Olivo» .

فى التزامه لم يخالف الآداب^(١) ولكن هذه النقرة لم تظهر فى الصياغة النهائية للمادة ١٤٢ ، وبالتالى يتمين على القاضى الادارى المصرى أن يراعى هذا الفارق بين القانون المصرى والفرنسى .

٤ - على أن اعدام آثار المقد المحكوم بالفائه ، لا يعنى بالضرورة حرمان المتعاقد - سواء كان الفرد أو الادارة - من الحصول على تعويضات على أساس آخر . ولقد سبق أن ذكرنا أنه يمكن الحكم بتعويضات فى هذا المجال على أحد أساسين :

أولاً - **المسئولية التقصيرية** : وذلك اذا ثبت أن الغاء المقد يرجع الى خطأ أحد الطرفين المتعاقدين ، سواء أكان الادارة^(٢) أو الأفراد أو الخطأ مشترك من جانبها معا^(٣) .

ثانياً - **الاثراء بلا سبب** : وذلك اذا تكلف المتعاقد نفقات حادت على الادارة بفائدة (dépenses utiles)^(٤) وهنا لا يتشدد القضاء الادارى الفرنسى كما رأينا فى الحالات السابقة ، بل يكفى أن تعود النفقات التى يتحملها المتعاقد على الادارة بفائدة ، لتلتزم بالرد .

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ، الجزء الثانى ، ص ٢٥٤ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ فى قضية «Sté smith» المجموعة ص ١٩٤٠ وقد جاء فيه :

«En poursuivant l'exécution des marchés (nuls) malgré l'opposition du ministre des finances, l'Office national des assurances a commis une faute de service qui engage la responsabilité de l'Etat».

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٢٦ يوليو سنة ١٩٤٤ فى قضية «Ali Tora» المجموعة ص ٢١٧ ، وفى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فى قضية «Min. du Travail» دالوز سنة ١٩٥٠ ، ص ٧٦ تعليق فالين .

(٤) حكم المجلس الصادر فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ فى قضية «Laila» المجموعة ص ٩٠٥ ، وقد جاء فيه :

«Le requérant ne saurait tirer aucun droit des stipulations d'un tel contrat; dans ces conditions il est seulement fondé à obtenir le remboursement des dépenses utiles à la commune supportées par lui».

القسم الثالث

الالتزامات التي تتولد عن العقود الادارية

ونتناول فيه على التوالى :

- أولا : الأسس العامة التي تحكم آثار العقود الادارية
- ثانيا : التزامات المتعاقد وسلطات الادارة فى مواجهته
- ثالثا : حقوق المتعاقد فى مواجهة الادارة
- رايما : آثار العقود الادارية بالنسبة الى الغير

الباب الأول

الأسس العامة التي تحكم آثار العقود الادارية

مقدمة تمهيدية

تقوم فكرة العقد في مجال القانون الخاص ، على أسس معروفة ، أهمها قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين • وسوف نرى أن فكرة « العقد الادارى » كما صاغها القضاء الادارى الفرنسى ، وكما هي مطبقة أمام مجلس الدولة المصرى ، تختلف الى حد كبير عن نظيرتها المسلم بها مدنيا من حيث الآثار التي تترتب على العقود الادارية • فالى أى حد يختلف الوضع فى القانون الادارى عنه فى القانون الخاص ؟ وهل يعتبر العقد الادارى عقدا ، بالرغم من خروجه الى حد كبير على المبدأ الجوهري فى العقود ، والذي يقضى بأن العقد شريعة المتعاقدين ؟

ذلك ما نريد أن نبدأ به قبل أن ندخل فى صميم الالتزامات التي تتولد عن العقود الادارية ، والتي تعتبر دراستها حجر الزاوية فى نظام العقود الادارية بمعناه الفنى الدقيق •

ومن ثم فإننا نتناول فى هذا الباب التمهيدى على التوالى دراسة الأسس الآتية :

أولا : العقد الادارى هو عقد بمعنى الكلمة •

ثانيا : دورنية الطرفين فى تحديد الالتزامات التعاقدية •

ثالثا : اتصال العقد الادارى بالمرق العام وما يترتب على ذلك

من آثار •

رابعا : امتداد آثار العقد الادارى الى غير المتعاقدين فى بعض

الحالات •

المبحث الأول

العقد الإداري هو عقد بمعنى الكلمة

١ - المقصد ، وفقا للتعريف الفالب ، هو توافق ارادتين على أحداث أثر قانوني ، « واء كان هذا الأثر هو انشاء التزام أو نقله أو تمديله أو إنهاؤه » (١) .

وهذا التعريف يصدق بالنسبة الى العقود الادارية ، كما هو الشأن بالنسبة الى عقود القانون الخاص - ولهذا رأينا أن مجلس الدولة الفرنسي ، الذي صاغ الأحكام الأساسية لنظرية العقد الإداري ، قد طبق الأحكام المدنية - بهذافها تقريبا - فيما يتعلق بأركان الرابطة التعاقدية ، وفيما يختص بميوب الرضا ، مما يؤيد أن المقصد هو في جوهره عقد بالمعنى المعروف - وكل ما يؤخذ على الرابطة التعاقدية في المجال الإداري ، اعتبارات تتعلق بالنواحي الآتية :

أولا - القيود التي تفرضها التشريعات على الإدارة فيما يتعلق باختيار المتعاقد معها .

ثانيا - كون دفاثر الشروط تعبر مقدما ، ولا يملك المتعاقد مناقشتها .

ثالثا - سلطات الإدارة الخطيرة في مواجهة المتعاقد معها ، والتي لا نظير لها في عقود القانون الخاص .

ولا شيء من هذه الاعتبارات يمكن أن يؤدي الى اهدار الرابطة التعاقدية في مجال عقود الإدارة .

٧ - أما فيما يتعلق بفرض قيود على الإدارة بخصوص اختيار

(١) الوسيط للدكتور السهورى ، المرجع السابق ص ١٣ ، ولقد كانت المادة ٢١٢ من مشروع القانون المدني تعرف المقصد بأنه « اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على انشاء رابطة قانونية أو تمديله أو إنهاؤها » ، وقد حذف هذا التعريف ، جريا وراء السياسة التشريعية التي تهدف الى تجنب الاكثار من التعريفات الفقهاء - مجموعة الأعمال التحضيرية ، الجزء الثانى ص ١١ .

المتعاقد معها ، فلقد رأينا أن مرد ذلك الى المحافظة على قاعدة المساواة بين المتنافسين من ناحية ، وعلى تحقيق المصلحة المالية للإدارة من ناحية أخرى . ومع ذلك ، فلقد أوضحنا تفصيلا فيما سبق أن الإدارة تملك رغم جميع القيود ، سلطة تقديرية في عدم إبرام العقد ، حتى لا يفرض عليها التعاقد مع شخص لا تريد التعاقد معه . وهكذا تبقى للإدارة حرية أخيرة في التعاقد . هذا فضلا عن أن القيود التي ترد على حرية الإدارة في اختيار المتعاقد لا تتناول جميع العقود الإدارية ، بل تقتصر على العقود التي وردت بخصوصها دون غيرها . وفيما عداها تسترد الإدارة حريتها على التفصيل السابق .

٣ - أما كون دفاتر الشروط تحرر مقدما ، ويقتصر دور المتعاقد على قبولها كما هي ، فإن هذا حق ، ولكن مرجع ذلك الى ضرورة احترام الإدارة في التعاقد لقواعد مقررة في التشريعات واللوائح الإدارية لا تستطيع الخروج عليها . فهذه الدفاتر لا تقيد حرية التعاقد مع الإدارة فحسب ، ولكنها مفروضة على الإدارة أيضا الى حد كبير . ولكن هذه الحقيقة لا تنال من الطبيعة التعاقدية للعقود الإدارية ، للأسباب الآتية :

أولا : يعرف القانون الخاص طائفة من العقود التي تفرض شروطها على أحد الطرفين المتعاقدين ، وهي عقود الإذعان *Les contrats d'adhésion* مع فارق بين عقود الإذعان في القانون الخاص وبين العقود الإدارية : فالشروط الواردة في دفاتر الشروط ، ولو أن الإدارة هي التي تستقل بتحريرها مقدما ، إلا أنها في حقيقة الأمر ملزمة بتلك الشروط ولا تستطيع أن تعدل فيها ، أو تتحرر منها . وهذا بعكس عقود الإذعان التي يفرضها الطرف الأقوى على الطرف الأضعف بمطلق حريته .

ثانيا : إن الشروط الواردة في دفاتر الشروط لا تلزم المتعاقد كما رأينا إلا إذا أثير إليها صراحة في العقد المبرم بين الإدارة وبين

المتعاقد ، مما يقطع بصفتها التعاقدية • ولقد رأينا أنه إذا أشير الى بعض الشروط الواردة في دفتر معين ، فإن هذه الشروط وحدها هي التي تحكم الرابطة التعاقدية • كما أن الادارة تملك - في حدود معينة - الخروج على بعض تلك الشروط في عقد خاص تبرمه مع الأفراد •

ثالثا : اذا عدلت دفاتر الشروط بعد التعاقد ، فإن الشروط القانون الخاص ، ولكن مرجع ذلك كما سنرى الى صلة العقد الادارى التي أبرمت قبل التعديل •

رابعا : وأخيرا ، فإن جوهر الرابطة التعاقدية - في القانونين العام والخاص - أنه بمجرد إبرام العقد يندو هذا العقد قانون الطرفين ، وبالتالي لا يمكن المساس بالرابطة العقدية عن طريق اجراء عام «par voie générale» ومن ثم فإنه اذا عدل القانون الأوضاع التي تعاقدت الادارة في ظلها ، فإن هذه التعديلات الجديدة لا تسرى على عقود الادارة القديمة^(١) •

٤ - أما فيما يتعلق بسلطات الادارة التحضيرية في مواجهة المتعاقد معها ، فإنها تخرج الى حد ما عن المألوف في الروابط العقدية في القانون الخاص ، ولكن مرجع ذلك كما سنرى الى صلة العقد الادارى بالمرفق العام ، تلك الصلة التي أدت الى تمييز العقد الادارى بخصائص ذاتية ، والا لما كان هناك محل لفكرة مستقلة للمعقود الادارية • ومع ذلك ، فإن فكرة العقد ، باعتباره توافق ارادتين ، لم تغب عن ذهن مجلس الدولة الفرنسى اطلاقا وهو يضع أسس العقد الادارى • وسوف نرى أثر ذلك فيما يتعلق بحق الادارة في تعديل

(١) مطول جيز ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ١٦٠ • وموجز بونار في القانون الادارى ، ص ٦١٦ ، ومطول دي لوبادير في القانون الادارى ، طبعة سنة ١٩٥٣ ، وملحقه ، ص ٤٣٥ •

ولكنه يجب التمييز هنا ، كما هو الشأن في القانون الخاص ، بين القوانين المفسرة والقوانين الآمرة ، فالقوانين الآمرة ، تسرى على المعقود الادارية القائمة وقت صدورها • راجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر في ١٧ يوليو سنة ١٩٥٠ في قضية Dillya مجموعة سبرى سنة ١٩٥٠ ص ١١٧ •

التزامات المتعاقدين مع الإدارة بالنقص أو الزيادة ، بل وفي انهاء العقد بارادتها المنفردة وهو أخطر حقوق الإدارة .

٥ - على أنه يجب مع ذلك ملاحظة أن من الاتفاقات الإدارية التي تبرمها الإدارة مع الأفراد ، ما لا يعتبر عقدا خالصا ، بل يعتبر عند التحليل الدقيق عملا قانونيا مركبا : فهو عقد من حيث أنه ينشئ مراكز قانونية ذاتية «situations juridiques subjectives» ولكنه عمل شرطى *act condition* من حيث أنه يسند الى المتعاقدين مع الإدارة مركزا قانونيا عاما ومنظما من قبل . وقد أتيح لمجلس الدولة الفرنسى أن يبرز المعنى السابق فيما يتعلق بالمعقود التى تبرمها الإدارة مع الأفسراد بقصد الاستمانة بغدماهم ، أى الموظفون المتعاقدين «*Les contrats d'engagement d'agents*» فالقوانين واللوائح تنظم جانباً من علاقة هؤلاء الموظفين بالحكومة ، وتترك الجانب الآخر تنظمه الرابطة التعاقدية . والملاحظ أن الجانب النظامى أهم كثيرا من الجانب التعاقدية ، حيث لا تترك عادة للمعقد الا تنظيم الجوانب المتعلقة بتحديد المدة ، وطريقة الفصل ، وتقدير المقابل^(١) .

بل ان المركز النظامى يفدو كل شئ فى بعض المعقود ، مثل عقود التطوع للخدمة العسكرية «*Les contrats d'engagement militaires*» ففى هذه المعقود يقتصر دور المعقد على اخضاع المتعاقدين للمركز النظامى الذى تحدده القوانين واللوائح ، مما حدا بالفقهاء الى التحدث عن المعقود التى يتولد عنها مراكز نظامية !! «*Les contrats attributifs de*

(١) حكم المجلس الصادر فى ٤ مارس سنة ١٩٥٣ فى قضية «*Syndicat nationale*» مجلة القانون العام مسنة ١٩٥٣ ص ٥٧٦ وقد تناول المجلس فى هذا الحكم شرح النصوص التنظيمية التى تحكم الموظفين المتعاقدين .

وراجع أحكامه الصادرة فى ١٥ فبراير سنة ١٩٥٠ فى قضية «*Dlle. Philippo*» المجموعة ص ١٠٧ ، فى ٢٢ يوليو سنة ١٩٢٨ فى قضية «*Varchère*» مجلة القانون العام سنة ١٩٢٨ المجموعة ص ٨١٩ .

وراجع مؤلف الفقيه «*plantey*» بعنوان «*traité pratique de la fonction publique*» ص ٢٦ وما بعدها .

situation statutaires مع أن المسلم به أن العقد ، يولد مراكز شخصية أو ذاتية لا مركز نظامية^(٩) .

ويكون دور العقد مقصورا على مجرد تحديد مدة خضوع المتطوع لهذا المركز النظامي . ويترتب على هذا التمييز في شروط تلك الاتفاقات المركبة ، أن جانبها التصاقدى يخضع للنظام القانوني المقرر للمقود ، من حيث عدم خضوعها للتشريعات الجديدة ، بعكس الجانب التنظيمي الذي تحكمه التشريعات الجديدة^(١٠) .

٦- ولقد أخذت محكمة القضاء الإداري المصرية بأفكار مقارنة من الأفكار السابقة وذلك في حكمها الصادر في ٢٨ يناير سنة ١٩٥٧ حيث تقول : « ان العقد الذي وافق مجلس الوزراء على أنموذج منه في ٣١ سبتمبر سنة ١٩٥٠ تنفيذا للمادة ٢٦ من قانون الموظفين التي تنص على أن تسرى على الموظفين المؤقتين » (المادة) ان العقد المذكور لا يعتبر سندا فرديا ، بل هو تنظيم عام لحالة هؤلاء الموظفين ، بحيث لا يجوز أن يختلف من موظف لآخر الا في حدود ضيقة جدا نص عليها ذلك السند . وفيما عدا ذلك فقد نص على أن يكون الموظف من جميع الوجوه خاضعا للقوانين واللوائح الخاصة بالموظفين الجارى العمل بها أو التي سيمثل بها في الحكومة المصرية . ومثل هذا الوضع لا يجعل الموظف في حالة تماقدية ، وانما في حالة قانونية لائحية يخضع فيها للقوانين ، ولا يجوز مخالفتها خارج ما سمح به العقد . ومثل هذا التصرف ليس عقدا في المعنى القانوني ، ولكنه تصرف شرطي يؤدي الى ادخال صاحبه في نظام قانوني معين لامحيص

(١) حكم المجلس الصادر في قضية «Michaux» في ٢٩ يناير سنة ١٩٤٧ وقد سبق الإشارة اليه . وفي قضية «Schmitt» في ١٣ يونيو سنة ١٩٤٧ ، المجموعة ص ٢٥٧ وقد ورد في هذا الحكم بخصوص عقد التطوع قول المجلس : «Un tel contrat n'implique pas que l'Etat soit lié envers l'engagé par des stipulations synallagmatiques ... mais qu'il a seulement pour effet de la soumettre jusqu'à la date fixée par ledit contrat aux mêmes obligations et au même statut, militaire que les individus normalement appelés par l'ordre de mobilisation». ولقد انتقد الفقيه دي لويادير هذا المسلك بشدة ، مطوله في المقود

الجزء الأول ، ص ٨ .

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية «Syndicat national» السابقة .

من التزامه ، وفى هذا المجال تكون الادارة مقيدة بالقانون ، ولا يجوز لها أن تتجاوز « وفى الموضوع لم تقر المحكمة الادارة على تخفيض مرتب الموظف المحدد فى عقده عما تقتضى به القوانين واللوائح »^(١) .

ولقد تبنت المحكمة الادارية العليا ذات المبادئ ، فهى فى حكمها الصادر فى ٢١ يونية سنة ١٩٥٨ (السنة ٣ ص ١٩٨٦) تقول : « ومن حيث انه يجب التنبيه بآدى ذى يدم الى أن علاقة الحكومة بالموظفين الممينين على وظائف مؤقتة أو لأعمال مؤقتة ، كما هو الشأن فى المدعى ، ليست علاقة عقدية بل هى كذلك علاقة قانونية تنظمها القوانين واللوائح . وهاية الأمر أنهم يخضمون فى توظيفهم وتآديبهم وفصلهم للأحكام التى صدرت أو تصدر بها قرارات من مجلس الوزراء . وقد نظم هذا المجلس بقرارات منه صيغة عقد الاستخدام الذى يوقعه من يعين من هؤلاء من خدمة الحكومة . والعلاقة القانونية على مقتضاه ، وبحسب صيغة العقد ، هى علاقة مؤقتة لمدة محدودة ، وتنتهى بالأدوات القانونية الثلاث التى نصت عليها المواد ١ ، ٦ ، ٨ ، من العقد . » وطبقت ذات المبادئ فى خصوص العلاقة بين من يتطوع للخدمة فى الشرطة وبين الادارة (حكمها الصادر فى ١٢ يولية سنة ١٩٥٨ ، السنة ٣ ص ١٦٠١) وفى شأن علاقة المتطوع للخدمة بمصلحة خفر السواحل والادارة (حكمها الصادر فى ١٨ مارس سنة ١٩٥٩ ص ٤ ص ١٠٢٣) .

ثم ان قضاء مجلس الدولة المصرى وفتاويه مطردة - كما رأينا - على أن عقد الامتياز هو عقد مركب يحتوى على جانب تنظيمى .

ولكننا وجدنا جملة لملها جاوزت قصد محكمة القضاء الادارى اذ حاولت فيها أن تتمم المركز النظامى على جميع العقود الادارية ، وكان ذلك فى حكمها الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٥٦^(٢) ، حيث تقول « . ومن ثم فان شروط المناقصة تضعها الادارة بمفردها ولا

(١) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ١١ ، ص ١٧٨ وما بعدها .

(٢) السنة المأخرة ص ٣٥٩ .

تناقش فيها المعهد الذى يجب أن يقبلها فى جملتها فيفدو فى مركز تعاقدى شكلا ، تنظيمى موضوعا ... والشروط العامة لمقدمى المطالبات على السواء تعتبر شروطا لائحية لا تعاقدية «^(١) .

وهذا التعميم على اطلاقه غير سليم ، ويهدم الفكرة التعاقدية فى العقود الادارية . فمجرد اعداد شروط العقد مقدما لا يمكن بذاته أن يجعل مركز المتعاقد مركزا نظاميا كما هو الشأن فى عقود الادعاء كما ذكرنا ، هذا فضلا عن أن الادارة تملك مفاوضة المناقصين فى شروط المناقصة فى بعض الحالات . فاذا تعاقد الفرد بعد ذلك ، فانما يتعاقد فى ظروف تتشابه الى حد كبير مع ظروف القانون الخاص .

(١) وليس الحكم المشار اليه فى المتن هو الحكم الوحيد الذى أشار الى تلك الفكرة ، بل وجدناها مكررة فى أحكام أخرى من أوضاعها حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٧ قضائية) وهو أطول حكم رأيته فى حياتى ، اذ بلغت حيثياته أكثر من سبعمائة صفحة !!! وقد جاء فيه ، بعد أن قارنت المحكمة بين عقود القانون الخاص ، والعقود الادارية ، وأوضحت أن الادارة فى العقود الادارية تستهدف المصلحة العامة دائما قولها : « ولتحقيق ذلك تتمتع جهة الادارة فى العقود الادارية بحقوق وسلطات واسعة ، منها أنها هى التى تنفرد بوضع الشروط الخاصة بالمطالعات دون أن يكون للمتعاقد فرصة الاشتراك فى صياغتها ومناقشتها ، وليس لمن يريد التعاقد معها الا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها » وفى هذه المرحلة تنقلص ارادة المتعاقد ولا تظهر ، بل يكون هناك ارادة منفردة .. وهى الجهة الادارية ، التى انضردت بوضع شروط معينة ثم عرضها على من يرضاهما ويقبلها . واذا حدث فى بعض الأحيان وقام من يرغب فى التعاقد بتطبيق قبوله على بعض تعفظات يبدئها ، الا أنه منذ اللحظة التى يعطى فيها هذا القبول يخضع فى الواقع من الأمر لالتزامات لم يشترك فى صياغتها أو يناقش فيها . واذا كان هذا المتعاقد قد عرف هذه الالتزامات قبل أن يعطى موافقته وعرف الزايات التى تصود عليه مقابل هذه الالتزامات الا أن ذلك لا يمنع من القول بأن شروط العقد الموضوعية مظهر لارادة لها سلطة الزام من يقبل أن يكون خاضعا لقانونها . وهذا القانون - وهو دستور العقود الادارية - يعطى جهة الادارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد ... الخ وهذا كله دون أن يحتاج عليها بقاعدة قوة العقد الملزمة أو بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين بالمعنى المفهوم من ذلك فى القانون المدنى . فاذا ما استعملت جهة الادارة حقها الاصيل فى اتمام شروطها على المتعاقد الذى ليس له الا أن يقبلها أو يرفضها ، فانه اذ قبلها أصبح فى مركز تعاقدى شكلا ، تنظيمى موضوعا ، ومن هنا ينشأ من العقود الادارية مراكز خاصة تختلف تماما عن تلك التى تنشأ فى ظل العقود المدنية ، ولذلك فانه مما يخرج عن نطاق المبدل ، أن المبادئ الأساسية فى القانون الخاص لا تطبق على اطلاقها بالقياس الى العقود الادارية ، بل تخضع هذه العقود لقواعد خاصة تحكمها ويفصل فى منازعتها على مدى المبادئ التى استقرت فى القانون الإدارى » .

وإذا كان العقد الإداري يؤدي دور العمل الشرطي في بعض الحالات فهي حالات استثنائية ، يستلزمها سير المرفق العام . ولما كانت الأعمال القانونية - ومنها العقد - هي وسائل لتحقيق الآثار القانونية المطلوبة ، فيجب أن تحور لتستجيب لحاجات المجتمع المتجددة . والملاحظ في الدول الحديثة ذات الطابع الاشتراكي ، أن ثمة تقاربا بين مراكز القانون العام والخاص ، وبالتالي فإن مركز الموظف التعاقدى قد اقترب جدا من مركز الموظف الذي يخضع للمركز النظامية ، ومن هنا كان التطور الذي ألمعنا إليه في القانونين الفرنسي والمصري .

ولكن بالرغم من كل ما سبق ، فإن العقد الإداري هو عقد من حيث أنه يقوم على توافق ارادتين ، وأن كلا من الإدارة والمتعاقد معها يقبل مختارا الالتزام بما يفرضه العقد من التزامات . وهذا هو جوهر الرابطة التعاقدية ، وما يميزها عن القرارات الإدارية التي تصدر عن الإرادة المنفردة .

٧ - وهذا المعنى الأخير أبرزته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٧ قضائية) حيث تقول : « أنه وإن كانت جهة الإدارة هي التي تستقل حقيقة بصياغة العقد الإداري ، ووضع شروطه سلفا ، وبغير إشراك المتعاقد المنتظر في شيء من ذلك معها ، إلا أن ذلك لا يعنى أن الأفراد يقبلون هذه الشروط أو يرتبطون بها دون أن يكونوا راضين عنها وراغبين فيها ، ذلك بأنهم يطلعون على هذه الشروط ويدرسونها ويبدون بشأنها ما يرون من تحفظات يرفقونها بمطاماتهم . ومن ثم فإن إرادة المتعاقد مع الإدارة ليست أجنبية في تكوين العقد وإبرامه ، بل هي ماثلة وواضحة في أن شروطا معينة تعرض عليه فيدرسها ويقدر المزايا التي تعود عليه منها والالتزامات المفروضة عليه بمقتضاها ويوازن بين هذا وذلك ، ثم ينتهي من ذلك - وبكامل حريته ورضاه - إما إلى قبولها أو رفضها أو تعليق قبوله على شروط أو تحفظات يبديها . ومن ثم فإنه إذا تعاقد فإن التعاقد يتم وهو

علم تام بجميع ظروف العقد والنتائج المترتبة عليه ، فثمة قبول حقيقى تتوافر فيه عناصر التعاقد والارادة المشتركة للمتعاقدين .
على أن المظهر الذى يبدو فى استقلال جهة الادارة بوضع شروط العقد وحريتها فى التعاقد ليس فى حقيقته مركزا متميزا عن مركز الأفراد أو أنها تتمتع فى هذا الشأن بحرية تمتنع على الأفراد ، بل الواقع من الأمر انه اذا وضعت حرية التعاقد موضع الاعتبار والموازنة لظهر بجلام أن حرية الادارة فى التعاقد حدودا وقيودا صارمة ، منها ما يتصل بموضوعه وبما يتضمنه العقد من نصوص ، ومنها ما يتصل بحرية اختيار الشخص الذى تتعاقد معه جهة الادارة . فمن حيث الشكل لا يجوز ابرام بعض العقود بغير استفتاء هيئات خاصة . . ومن حيث الموضوع واختيار الطرف الآخر فى العقد ، فانه بالنظر الى أن الأشخاص المعنوية العامة مقيدة بقاعدة التخصص ، فانه لا يجوز لها أن تتعاقد الا بشأن الموضوعات الداخلة فى اختصاصها . وحتى بالقياس الى هذه الموضوعات فانها قد لا تستطيع أن تتعاقد مع أى شخص تختاره ، بل عليها أن تسلك فى هذا سبلا معينة ، وتتبع اجراءات خاصة لضمان اختيار المتعاقد الذى يتقدم بأفضل العروض والشروط المالية والفنية . وأخيرا فان الأشخاص المعنوية مقيدة بنصوص معينة مفروضة عليها ، اذ أنه يتحتم عليها ابرام عقودها طبقا لتماذج عامة موحدة ، بل أنه يجب عليها ادراج بعض الشروط فى تلك العقود ، ولا يجوز للهيئات الادارية أن تحيد عن تلك النصوص الا بترخيص خاص ، وفى أحوال استثنائية . وحتى الشروط الاستثنائية الغير مألوفة لا يجب حتما أن تكون شروطا رضائية مضمنة فى العقد ، ويتفق عليها الطرفان عند ابرامه ، بل ان القانون قد يفرض هذه الشروط سلفا ويستلزم وجودها النظام الموضوع لادارة المرفق العام أو المساهمة فيه أو فى تسييره ، فتكون هذه الشروط مضمنة فى قواعد تنظيمية أو تشريعية قائمة فى الأصل^١ ويخضع العقد مباشرة لها عند ابرامه » .

كما أن المحكمة الادارية العليا تؤكد جميع الممانى السابقة ، وتبرزها في حكمها الصادر في ٨ أبريل سنة ١٩٦٧ (س ١٢ ، ص ٨٨٢) حيث تقول : « غير أنه لما كان المقعد الادارى ، شأنه شأن سائر العقود الادارية التى تخضع لأحكام القانون الخاص ، يتم بتوافق ارادتين يتجهان الى احداث أثر قانونى معين ، هو انشاء التزام أو تمديله ، وليس عملا شرطيا يتضمن اسناد مراكز قانونية عامة موضوعية الى أشخاص بذواتهم ، فاذا ما توقع المتعاقدان فى العقد خطأ ممينا ، ووضعا له جزاء بمينه ، فيجب أن تتقيد جهة الادارة بما جاء فى المقعد ، ولا يجوز لها - كقاعدة عامة - أن تخالفه أو تطبق فى شأنه نصوص لائحة المناقصات ، لأن الأحكام التى تتضمنها اللائحة كانت ماثلة أمامها عند إبرام المقعد » .

المبحث الثاني

دور نية الطرفين في تحديد الالتزامات التعاقدية

١ - لما كان العقد الإداري رغم كل شيء هو عقد كسائر العقود ، فإنه من المتعين أن يرجع الى نية الطرفين المشتركة «La commune intenti on» لتحديد التزامات كل من المتعاقدين في العقود الادارية كما هو الشأن في سائر العقود . ومن ثم فإن الملاحظ في هذا الخصوص ، أن مجلس الدولة الفرنسي يلجأ الى النصوص المقررة في المجموعة المدنية فيما يتعلق بكيفية تفسير العقد ، وهي نصوص مبنها على نية الطرفين . فهو كثيرا ما يطبق ، بل وأحيانا يذكر صراحة :
- المادة ١١٥٦ من المجموعة المدنية الفرنسية التي توجب البحث عن النية الحقيقية للمتعاقدين دون الوقوف عند ظاهر النصوص الواردة في العقد^(١) .

- والمادة ١١٥٧ التي تتطلب حمل الشروط التي ترد في العقد على اقرب المعاني اتفاقا مع نية الطرفين وما يؤدي الى ترتيب آثار عليها ، وذلك في حالة احتمال تلك الشروط لأكثر من معنى^(٢) .
- والمادة ١١٦١ التي تجمل من الاتفاق وحدة كاملة في تفسير شروطه ، بحيث يفسر كل شرط على ضوء باقى الشروط^(٣) .

والمادة ١١٣٥ التي توجب عدم قصر الالتزامات المتولدة عن العقد

(١) حكمه في ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ في قضية «Départ. des Côtes du-Nord» المجموعة ص ٩٠٠ وفي ٥ يناير سنة ١٩٥١ في قضية «Cne. de Lesparre» المجموعة ص ٣٠ ، وفي ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥١ في قضية «Sté Citroën» المجموعة ص ٥٠٧ .

(٢) حكمه في ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ في قضية «Départ. des Cotes-du-Nord» المشار اليه في الهامش السابق .

(٣) حكمه في ٢١ يناير سنة ١٩٤٤ في قضية «Sté. d'entreprise» المجموعة ص ٢٢ وقد جاء فيه :

«Il résulte de l'ensemble des stipulations du contrat, dans la commune intention des parties».

على ما ورد به صراحة ، ولكن تسحبها لتشمل كل ما تقضى به العدالة أو العرف أو القانون حسب طبيعة العقد . . . (١) الخ .

٢ - ولكن تطبيق مجلس الدولة الفرنسى للقواعد المدنية فى هذا الخصوص ، لا يعنى التزام تلك القواعد حرفيا ، لأن المجلس يهجرها كلما تطلبت مقتضيات الصالح العام ذلك . ومن هذا مثلا ، أن مجلس الدولة الفرنسى لا يلتزم نص المادة ١١٦٢ من القانون المدنى والتي تقضى بأنه فى حالة الشك يفسر الالتزام لصالح المدين ، ذلك أن اتصال العقد بالمرفق العام لا يسمح بأعمال تلك القاعدة على إطلاقها ، لأنه لا يمكن التضحية بالصالح العام إطلاقا .

٣ - بل إن غلاة المتشيمين للفكرة المدنية فى العقود ، قد حاولوا رد السلطات الاستثنائية التى يعترف بها القضاء للإدارة الى فكرة « النية المشتركة » للطرفين ، ومن ثم فقد أرجعوا الى هذه الفكرة ، مبدأ التوازن المالى للعقد (٢) «L'équilibre financier du contrat» والتعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة التى تصادف المفاوض عند التنفيذ «l'indemnisation des sujétions imprévues» (٣) ونظرية عمل الأمير «fait du prince» (٤) . الخ مما سوف نستعرضه فى موضعه من هذا المؤلف . ولكن الحقيقة - كما نرى - أن ذلك مغالاة فى تفسير النية المشتركة للطرفين ، واهدار للخصائص الذاتية لنظرية العقود الادارية ، ولهذا يمكننا أن نؤكد من الآن أن نية الطرفين تودى دورها كاملا فى خارج النطاق الذى تستلزمه الخصائص الذاتية للعقد الادارية .

٤ - ولقد أتبع لمحكمة القضاء الادارى المصرية - منذ تاريخ مبكر - أن تحدد بالتفصيل دور نية المتماقدين فى تحديد الالتزامات

(١) حكمه فى ١١ يوليو سنة ١٩٥٤ فى قضية «Reimbeur» المجموعة ص ١٨٩ وفى ٢ يوليو سنة ١٩٥٤ فى قضية «Galopin» مجلة القانون العام سنة ١٩٥٥ ص ٢٢٧ .

(٢) De este, J.C.P. 1950. I. 817 .

(٣) جيز ، مبرمه فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٦٩١ .

(٤) موجز بونار السابق ، ص ٦٤١ ، ومؤلف جيز السابق ، ص ٦٨١ .

التعاقدية ، وتفسيرها ، وذلك فى أطول حكم أصدره مجلس الدولة المصرى - بل القضاء المصرى بصفة عامة - ونعنى به حكمه الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٧ قضائية) - وقد حرصت المحكمة فى هذا الحكم على إبراز العلاقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص فى هذا الصدد حيث تقول :

« انه وان كان القانون الادارى قد أخذ فى خلال القرن الماضى يستقل بمبادئه ونظرياته عن القانون المدنى كما سبق البيان ، الا أن قواعد القانون الادارى فى استقلالها عن القانون المدنى ليست مرتبة واحدة . واذا كان بعض هذه القواعد قطع الصلة اطلاقا بالقانون المدنى ، فانه لايزال البعض الآخر منها يمت الى قواعد القانون المدنى بصلة . وبينما توجد طائفة من قواعد القانون الادارى لا مقابل لها فى القانون المدنى ، مثل القواعد التى تقرر لجهة الادارة امتيازات معينة تسمح لها بإرغام الأفراد على القيام بما تأمرهم به من أعمال - مغالفة بذلك مبادئ القانون الخاص التى تقضى بالمساواة بين ارادة كل من الطرفين - توجد طائفة أخرى هى نفس قواعد القانون الخاص . ولكن هذا لا يعنى أن القانون الادارى اذ يطبق هذه الطائفة من القواعد يفقد استقلاله ، بل ان اتحاد القاعدة فى كل من القانونين مرجعه الى أنه فى حالة معينة بالذات اقتضت الضرورات ومبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة أن تطبق نفس القاعدة . والقانون الادارى حين يطبق تلك القاعدة ، انما يقصد فقط نقلها الى نطاقه وادماجها فى قواعد الخاصة التى يطبقها على المنازعات الادارية . ومن بين هذه الطائفة الأخيرة - فى نطاق تفسير العقود الادارية - القاعدة الأصولية العامة فى التفسير وهى أنه اذا كانت عبارة المقد واضحه ، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على ارادة المتعاقدين . أما اذا كان هناك محل لتفسير المقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للالفاظ ، مع الاستهدام فى ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للمعرف الجارى فى المعاملات

٠٠٠ فهذه القاعدة وان كانت مقننة فى القانون الخاص (المادة ١٥٠ مدنى) الا أنها تطبق على العقود الادارية أيضا ، وتقرر أصلا عاما فى تفسير هذه العقود اعتبارا بأنها تقنن مبادئ تمليها طبيعة الأمور ومقتضيات العدالة ، مما لا تختلف فيه روابط القانون العام عن روابط القانون الخاص . ومقتضى هذه القاعدة أنه اذا كانت عبارة المقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على ارادة المتعاقدين . الا أنه لا يجب أن يفهم من ذلك أن العبارة اذا كانت واضحة فلا يجوز تفسيرها ، بل ان القاضى قد يجد نفسه فى حاجة الى تفسير العبارات الواضحة مهما بلغ من وضوحها وسلس معناها ، وارتفع عنها اللبس والابهام ، ذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الارادة ، فقد تكون العبارة فى ذاتها واضحة ، ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساءوا استعمال هذا التمييز الواضح فقصدوا معنى وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى بل هو واضح فى معنى آخر . قضى هذه الحالة لا يأخذ القاضى بالمعنى الواضح للفظ ويجب أن يعدل عنه الى المعنى الذى قصد اليه المتعاقدان وذلك بشرطين : الأول : هو أن يفترض بادئ الأمر أن المعنى الواضح من اللفظ هو ذات المعنى الذى قصد اليه المتعاقدان فلا ينحرف عنه الى غيره من المعانى الا اذا قام أمامه من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك . والثانى : هو أن القاضى اذا عدل عن المعنى الواضح الى غيره من المعانى لقيام الأسباب المبررة لذلك ، وجب عليه أن يبين فى حكمه هذه الأسباب . وعلى مقتضى هذا يكون للحكمة السلطة التامة فى تفسير صيغ العقود الادارية والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه أوفى بمقصود المتعاقدين ، مستتعية فى ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها . ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر الى خلافه على أن تبين الأسباب التى مع أجلها عدلت عن الظاهر الى خلافه وكيف أفادت تلك الأسباب التى مع أجلها عدلت عن الظاهر الى خلافه وكيف أفادت تلك الصيغ هذا المعنى الذى اقتضت به ورجحت أنه هو مقصود المتعاقدين .

« ومن حيث انه من المتعين فى مقام تفسير المقود البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، اذ العبارة انما تكون بالارادة الحقيقية (الباطنة) على أن تكون هى الارادة المشتركة للمتعاقدين لا بالارادة الفردية لكل منهما ، لأن هذه الارادة المشتركة هى التى التقى عندها المتعاقدان ، فهى التى يؤخذ بها دون اعتداد بما لأى متعاقد من ارادة فردية لم يتلاق معه المتعاقد الآخر فيها . ومن العوامل التى يستهدى بها القاضى للكشف عن هذه النية المشتركة ، ما يرجع الى طبيعة التعامل حيث يختار القاضى المعنى الذى تقتضيه طبيعة المقد : اذ المقول أن المتعاقدين قصدا أن يتركا المقد محكوما بالقواعد التى تقتضيها طبيعته ، ما لم يصرحا بخلاف ذلك . ومن العوامل الموضوعية التى يسترشد بها القاضى أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم وأن عبارات المقد يفسر بعضها بعضا ، بمعنى أنه لا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية العبارات ، بل يجب تفسيرها باعتبارها جزءا من كل هو المقد ، فقد تكون العبارة مطلقة ولكن تحددها عبارة سابقة أو لاحقة ، وقد تقرر العبارة أصلا يرد عليه استثناء قبلها أو بعدها . وقد تكون العبارة مبهمة وتفسرها عبارة وردت فى موضع آخر . كما أن من العوامل الخارجية فى تفسير المقد الطريقة التى ينفذ بها وتكون متفقة مع ما يوجبه حسن النية فى تنفيذ العقود ، وحيث لا يقتصر المقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام . »

« ومن حيث ان رجال القانون المدنى لا يعتبرون قواعد التفسير المقررة فى القانون المدنى والمضمنة نصوصه ، قواعد أمرة بالرغم من أن الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ مثلا تنص صراحة على أنه « يجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين . . . » الخ . »

كما أنهم يرون أن قواعد التفسير المقررة فى القانون المدنى انما تقوم على حسن الفهم والادراك ، وأن هذه المواد انما وضعت

لتعين القاضى على الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين . فاذا كان هذا هو الشأن فى مجال القانون الخاص بقواعده المقتنة ، فان القانون الادارى - وهو غير مقتن - أولى بأن تسوده نفس الفكرة ، بمعنى أن يكون تفسير العقود الادارية قائما على حسن الفهم والادراك ومقتضيات العدالة . وأن يكون مناط التفسير وهذا الأساس ، الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين ، وألا تتحكم فيه المباني دون المعاني ، وعلى أن يراعى فى هذا كله ما تتميز به العقود الادارية عن العقود المدنية من خصائص وطبيعة تجعل لها نظاما قانونيا يختلف جد الاختلاف عن النظام الذى تخضع له العقود المدنية ويضفى عليها طابعا خاصا بها قائما بذاته . وعلى رأس هذا النظام القانونى الخاص بالعقود الادارية ، تبرز قاعدة أساسية جوهرية تسود قواعد تفسير العقود الادارية ، هى أن هذه العقود تقوم أولا وقبل كل شئ على فكرة المصلحة العامة وضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد . فاذا ما دعت الحال الى الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين ، فانه يجب أن يتجه الرأى الأول الى أن هذه النية ليست الا تحقيق المصلحة العامة وحسن سير المرفق . ومن هنا وصفت العلاقة بين طرفى العقد الادارى بأنها علاقة تعاضد وتساند ومعاونة لتنفيذ العقد على أحسن وجه ، بما ينبى أن يتوافر فى الطرفين من أمانة وثقة واحترام للمهد المقطوع ووفاء بالالتزامات التى يفرضها العقد . ومتى كانت نية الطرفين تلتقى عند المصلحة العامة ، فانه ما لم تتعارض مصلحة أحدهما مع المصلحة العامة ، فانه لا محل للالتجاء الى تفسير العقد . أما حينما تتعارض مصلحة أحد الطرفين - وبعبارة أدق المصلحة الشخصية للمتعاقد مع الادارة - مع المصلحة العامة ، فانه ينبى أن يكون التفسير الى جانب المصلحة العامة ، أى ضمان حسن سير المرفق بانتظام واطراد .

« ومن حيث ان القضاء الادارى فى صدد تفسير العقود الادارية يهتم اهتماما بالغا بروح العقد الادارى وطابعه الخاص ، فيطرح

من قواعد التفسير المقررة في القانون الخاص ما لا يتلائم معها ، ومن أجل ذلك فإنه عند تفسير العقد الإداري يجب أن يكون مفهوما أنه ليس لفكرة الاذعان نفس المعنى المعروفة به في القانون الخاص ، ذلك أن القانون المدني عندما تمرض لفكرة الاذعان في العقود المدنية بالنسبة للعقد المذعن ، فأقام لصالحه استثناء من أحكام القواعد العامة للتفسير : الاستثناء الأول - ما نصت عليه المادة ١٤٩ من أنه « إذا تم العقد بطريق الاذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يفسخ المدعى منها ، وذلك وفقا لما تقتضيه العدالة ، ويقع بإطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » وفي هذه الصورة خرج الشارع على الأصل المقرر في قواعد التفسير من أن الحاجة إلى التفسير لا تعرض متى كانت عبارة العقد واضحة ، ففي هذه الحالة تطبق شروط التعاقد كما أقرت ٠٠٠ خرج الشارع على هذا الأصل فيما يتعلق بما يدرج في عقود الاذعان من الشروط الجائرة ، فقرر الالتجاء إلى التفسير بشأنها ولو كانت واضحة العبارة بينة السياق ، وجعل مهمة القاضي أن يتثبت في هذه الحالة مما إذا كان العقد المذعن قد تنبه إلى هذه الشروط ، فإذا استوثق من تنبه هذا العقد إليها تحتم عليه امضاء حكمها رعاية لاستقرار المعاملات .

أما إذا تبين أن العقد المذعن لم يتنبه إلى الشروط الجائرة ، فعليه أن يستبعد ما وينزل على أحكام القواعد العامة ٠٠٠ وفي هذا النطاق الضيق يطبق هذا الاستثناء فلا يبلغ الأمر حد استبعاد الشرط الجائر يدعو أن المدعى أكره على قبوله متى تنبه إليه هذا العقد وأرضاه ، لأنه لا يجوز أن يختلط الاذعان بالاكراه ، بل أن التوحيد بينهما أمر ينيو به ما ينبغي للتعامل من أسباب الاستقرار . والاستثناء الثاني - ما نصت عليه المادة ١٥١ مع أن « الشك يفسر في مصلحة المدين ، ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير المبادات القائمة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن » . فالقاعدة الأساسية في القانون الخاص أنه إذا عرض ما يدعو

الى تفسير العقد وبقي الشك يكتنف ارادة المتعاقدين المشتركة رغم اعمال احكام التفسير المقررة فى القانون المدنى ، فان هذا الشك يفسر فى مصلحة المدين دون الدائن . ومرد هذه القاعدة ان الأصل فى الذمة البراءة ، وعلى الدائن أن يقيم الدليل على وجود دينه باعتبار أنه يدعى ما يخالف هذا الأصل ، فاذا بقى شك لم يوفق الدائن الى ازالته فمن حق المدين أن يفيد منه ، وبذلك يفسر الشك فى مصلحة المدين عند غموض عبارة التعاقد غموضا لا يتيح زواله ، فاستثنى الشارع من حكم هذا الأصل عقود الاذعان وقضى أن يفسر الشك فيها لمصلحة المتعاقد المذعن ، دائئا كان أو مدينا ، لافتراض أن العاقد الآخر ، وهو أقوى المتعاقدين ، يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يمرض على المذعن عند التعاقد شروطا واضحة بيينة . فاذا لم يفعل ذلك أخذ بخطئه أو تقصيره وحمل تبعته لأنه يعتبر متسببا فى هذا الغموض وظاهر مما تقدم أن فكرة الاذعان عند رجال القانون المدنى اذ تستند فى احدى صورها الى وجود « شروط جائرة » فى العقد ، هذه الفكرة لا تتسق مع طبيعة المقبوض الادارية وما تتميز به من شروط استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص . كما أن هذه الفكرة اذ تستند فى صورة أخرى الى « حماية الطرف الأضعف » فانها تقصد الشخص الذى تضطره الظروف الى القبول بدون مناقشة الايجاب الذى يمرض عليه . . . وهو ما لا ينطبق على القبول الذى يصدر ممن يريد التعاقد مع جهة الادارة ، اذ لا يمكن التسليم بأنه يوجد فى ظروف تضطره الى هذا القبول . كما أن جهة الادارة وهى تمرض شروطها على من يرغب فى التعاقد معها فانما تمرضها لتكون موضع الدراسة والتقدير ثم القبول المطلق أو القبول المشروط أو الرفض . ومن ثم فانه لا يجوز أن تتحمل وحدها تبعه غموضها . . . وعلى هدى ما تقدم يكون لفكرة الاذعان فى المقبوض الادارية معنى يختلف تماما عنها فى المقبوض التقني . وهو معنى خاص يقوم على أن المقبوض الادارية - من حيث الشكل - تأخذ شكل عقود الاذعان عندما تنفرد جهة الادارة بوضع شروطها سلفا وبدون أن يناقشها عند وضعها المتعاقد المنتظر ، وعلى

أن الاذعان فيها لا يعنى الا تدعيم مركز الجهة الادارية المتعاقدة والزام المتعاقد معها بأن يقبل خضوعه لقانونها - وهذا بالبداية مشروط باحترام قاعدة حسن النية التى تلتزم بها الجهة الادارية كما يلتزم بها المتعاقد معها - وأن الشروط التى تنفرد بوضعها الجهة الادارية ليست الا مرادفا لاعتبار أن للمقد طبيعة ادارية » .

وفى حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٣ مارس سنة ١٩٥٧ (السنة ١١ ، ص ٢٣٨) اوضحت دور العرف فى تفسير العقود الادارية حيث تقول ، بصدد كلمة « النور » الواردة فى عقد استغلال مقصف بمبنى حكومى : « وترى المحكمة ، وهى فى صدد تفسير هذا النص ، أن النية المشتركة للمتعاقدين فى تعامل طبيعته ، ووفقا للعرف الجارى فى هذا النوع من المعاملات ، أن معنى كلمة « النور » فى هذا النص لا تنصرف الا الى الاضائة وحدها ، ولا يمكن أن تشمل ما ذهب اليه المدعى من معنى التيار الكهربائى ... ومن حيث أن نصوص التعاقد ، مفسرة بما تمليه طبيعة التعامل ، وبما ينبى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى فى مثل هذه الأحوال ، تتجه كلها الى القطع بأن المقصود بكلمة « النور » هو الاضائة اذا استدعت مواعيد العمل فى المصلحة أن يقوم البوفيه بالعمل ليلا .. »

٥ - كما أن المحكمة الادارية العليا تردد فى أحكامها الحديثة ذات المبادئ ، ومن ذلك على سبيل المثال :

حكمها الصادر فى ٢٠ مايو سنة ١٩٦٧ (من ١٢ ، ص ١٠٧٠) وفيه تقرر : « من المتعين - فى تفسير العقود الادارية - البحث عن النية المشتركة للطرفين ، دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، اذ المبرة بالارادة الحقيقية ، على أن تكون هى الارادة المشتركة للمتعاقدين ، الارادة الفردية لكل منهما ... ومن العوامل التى يستهدى بها القضاء للكشف عن هذه النية المشتركة ما يرجع الى طبيعة التعامل ، حيث يختار القاضى المعنى الذى تقتضيه طبيعة المقد ... ومن العوامل الموضوعية التى يسترشد بها القاضى ،

أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم ، وأن عبارات المقد يفسر بعضها بمضا ٠٠٠ كذلك فإن من الموامل الخارجية في تفسير المقد الطريقة التي ينفذ بها ، وتكون متفقة مع ما يوجبه حسيق النية في تنفيذ المقود ، حيث لا يقتصر المقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والمدالة بحسب طبيعة الالتزام . ومع المسلم به أن قواعد التفسير المقررة في القانون المدني انما تقوم على حسن الفهم والادراك ، وانها انما وضعت لتعين القاضى على الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين . واذا كان هذا هو الشأن في مجال القانون الخاص بقواعده المقننة ، فان القانون الادارى - وهو غير مقنن - اولى بان تسوده هذه الفكرة » .

- حكمها الصادر في ديسمبر سنة ١٩٦٧ (س ١٣ ، ص ١٦٦) حيث تقول ، ان اعلان الادارة عن اجراءات مناقصة أو مزايعة أو ممارسة ، ليس الادعوة الى التعاقد ، وأن التقدم بالمطاء - وفقا للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها - هو الايجاب الذى ينبى أن يلتقى عنده قبول الادارة لينتقد المقد . وأنه عند الخلاف ، يجب تفسير المقد « ٠٠٠ » وتقصى الارادة المشتركة للطرفين في ضوء عباراته ، والظروف التى اكتنفت ابرامه ، حتى يتبين ما اذا كانت هذه الارادة قد انصرفت الى ابرام المقد على أساس العينة وعلى أساس المواصفات أو أن الارادتين لم يلتقيا على شىء » . ثم أوردت المحكمة تفصيلا لمبادئ التفسير بما لا يخرج عما سبق .

- حكمها الصادر في ١٧ مايو سنة ١٩٦٩ (س ١٤ ، ص ٦٩٦) وفيه عملت مبدأ التفسير الضيق لمقد الصلح حيث تقول : « ان التفسير الضيق لعبارات الصلح يستوجب قصر التصالح على ما تنازل عنه المتصالح دون غيره . واذا كان التنازل الوارد عن حقوق المدعى فى الراتب ، مختلفا فى موضوعه عن طلب التعويض عن

فصله من الخدمة ، فان هذا التنازل - بفرض صحته - لا ينبغي تفسيره على أنه شامل للتمويض . ومن ثم يحق للورثة أن يطالبوا بالتمويض المشار اليه ، أخذا بقاعدة تفسير الصلح تفسيراً ضيقاً .

- حكمها الصادر في ٢١ مارس سنة ١٩٧٠ (من ١٥ ، ص ٢٢٢) وفي هذا الحكم كان المناقش قد اشترط أن يبدأ تاريخ التوريد من تاريخ الحصول على إذن الاستيراد وتحويل العملة ، فقبلت الإدارة العرض على أن يبدأ التوريد من تاريخ الحصول على إذن الاستيراد . ولكن المحكمة الإدارية العليا قررت - على أساس تفسير النية المشتركة للمتعاقدين - أنه « حيث يلزم تحويل عملة لاستيراد أصناف ومهمات من الخارج ، فإن التصريح بتحويل العملة يصبح جزءاً مرتبطاً بإذن الاستيراد ويكمله ولا ينفك عنه . ومن ثم فإن تعليق جريان الميعاد المحدد للتوريد من تاريخ الحصول على إذن الاستيراد يستتبع بحكم اللزوم تعليقاً على الحصول على التصريح بتحويل العملة الى الخارج » .

على أنه يجب أن تذكر في هذا الصدد بحكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٣ يونية سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ١١٠) حيث تقول : « ان الاستهزاء في تصرف النية المشتركة للمتعاقدين بظبيعة التعاقد ، وما ينبغي أن يتوافر مع أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للمعرف التجاري في المعاملات (المادة ١٥٠ مدني) ليست بقاعدة ملزمة للمحكمة ، وإنما تستأنس بها ، وهي في حل من ألا تتبعها إذا رأت أن اتباعها غير ذي جدوى في الوصول الى تصرف نية المتعاقدين » .

المبحث الثالث

اتصال المقعد الإداري بالمرفق العام وما يترتب على ذلك من آثار

١ - لقد رأينا في القسم الأول من هذا المؤلف - وعند تصدينا لتحديد العناصر الأساسية التي تقوم عليها فكرة المقعد الإداري - أن صلة المقعد الذي تيرمه الإدارة بالمرفق العام ، من بين الخصائص الأصلية للمقعد الإدارية ، رغم محاولة جانب من الفقه الاضفاف من هذه الفكرة • والحقيقة أن مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واطمرداد « La règle de continuité et de régularité du service public » وقابلية تلك المرافق العامة للتغيير والتبديل في كل وقت « La règle du mutabilité » هي وحدها التي أدت الى استقلال فكرة المقعد الإداري عن نظيرتها المدنية •

٢ - والمقعد الإداري ليس الا احدى وسائل الإدارة لضمان سير المرافق العامة • ومن ثم فانه من اللازم ألا ينظر الى المقعد الإداري باعتباره مصدرا للالتزامات تعاقدية فحسب - كما هو الشأن في القانون الخاص - بل يتعين أولا وقبل كل شيء أن يوضع في الاعتبار أن المقعد الإدارية تؤدي دورا هاما في تسيير المرافق العامة بطريق مباشر أو غير مباشر •

هذا المعنى أبرزه المفوض (Corneille) في تقريره المقدم في قضية (Sté. d'éclairage de poissy) ^(١) والتي صدر فيها حكم المجلس في ٨ فبراير سنة ١٩١٨ حيث يقول : « حينما يتصل المقعد بسير المرافق العامة ، فان الدولة لا تتعاقد كسائر الأفراد • انها لا تستهدف تحقيق مصالح خاصة أو ذاتية كمصالح الأفراد ، انها تتعاقد باسم الجماعة ، ولصالح المستفيدين من المرافق العامة ، بقصد تحقيق المصالح العام • ومن هنا يختلف موقف الدولة المتعاقدة في هذا المجال ، عن متعاقدي القانون الخاص ، ومن ثم فان قواعد

(١) مجلة القانون العام سنة ١٩١٨ ، ص ٢٤٦ •

هذا القانون لا تنطبق عليها، وهذا ما يقضى به المنطق والقانون»^(١).

ولهذا فإن المتعاقد هو في حقيقته مساعد ومعاون للإدارة في تسير المرفق العام الذي يتصل به عقده مع الإدارة «un collaborateur du service public»^(٢) وهذا المعنى هو الذي حدا بنا إلى التوكيد بأن دور النظرية العامة للمقود الإدارية لا يتضامل في ظل الاشتراكية ، بل يزداد أهمية . وتحرص المحكمة الإدارية العليا على إبراز هذا المعنى وتوكيده ، فهي - على سبيل المثال - في حكمها الصادر في ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ (س ١٧ ، ص ٥٧٦) تقول إن « هدف المتعاقد مع الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة ، وذلك بأن يؤدي التزامه بأمانة وكفاية لقاء ربح وأجر عادل ، وهذا يقتضى من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات » . وما تزال المحكمة تؤكد ذات المعنى في أحكامها الحديثة ومنها حكمها الصادر في ١٩ ديسمبر سنة ١٩٨١ (الطعن رقم ١٩٤ لسنة ٢٤ قضائية) حيث تقول : « وتستمد الإدارة امتيازاتها في مجال المقود الإدارية لا من نصوص هذه المقود الإدارية ، ولكن من طبيعة المرفق العام ، واتصال المقود به ، ووجوب الحرص على استمرار وانتظام سيره ، بما يحقق المصلحة العامة ، ولذلك فإن الإدارة تتمتع بهذه الامتيازات في مجال المقود الإدارية ولو لم ينص عليها في تلك المقود ... » .

(١) « Dans tout contrat intéressant le fonctionnement même des services publics, l'Etat ne contracte pas comme un simple particulier. Il ne cherche pas à gérer des intérêts individuels. Il contracte pour une collectivité, pour le public, pour les usagers du service public, pour l'intérêt collectif et général. Et alors toutes les fois qu'il passe véritablement un marché de service public, il fait quelque chose d'autre que ce que fait un contractant ordinaire : un contractant du Code Civil ou du Code de Commerce, puisque il fait quelque chose d'autre que le contractant ordinaire, il ne faut pas appliquer à ce quelque chose les mêmes règles qu'aux contrats de droit commun : c'est la logique et par suite c'est le droit. »

(٢) في التفاصيل راجع مقال الأستاذ فالين ، المنشور في مجلة القانون العام سنة ١٩٥١ ، ص ٥ بعنوان :

« L'évolution récente des rapports de l'Etat avec ses contractants ».

٣ - ويترتب على المعنى السابق نتائج بالغة الخطورة ، ذلك أن الأساس الذى أوضحناه ، هو وحده الذى يفسر لنا السلطات الخطيرة التى تتمتع بها الإدارة فى مواجهة المتعاقدين معها من ناحية ، وحقوق المتعاقدين مع الإدارة والتي لا نظير لها فى القانون الخاص من الناحية الأخرى ، وذلك على النحو التالى :

(أ) ان قاعدة سير المرفق العام بانتظام وإطراد هى التى تبرر سلطات الإدارة الخطيرة فيما يتعلق بالإشراف على تنفيذ العقود الإدارية . أما من ناحية الأفراد ، فإن تلك القاعدة هى التى تفسر نظريات الظروف الطارئة ، وعمل الأمير ، والتوازن المالى للعقد ، والصعوبات المادية غير المتوقعة ، وعدم إمكان المتعاقدين الدفع بـمـدم التنفيذ . . . الخ بما سندرسه تفصيلا فيما بعد .

(ب) وقاعدة قابلية المرافق العامة للتغيير والتعديل فى كل وقت بالإضافة الى القاعدة السابقة ، هى التى تفسر سلطات الإدارة الخطيرة فيما يتعلق بتعديل التزامات المتعاقدين معها دون حاجة للحصول على موافقته مقدما ، وفيما يختص ، بأنها العقود الإدارية .

(ج) صلة العقد بالمرافق العامة هى التى تبرر « الصيغة الشخصية » (L'intuitus personae) فى عقود الإدارة مما سنرى أثره تفصيلا فيما بعد .

(د) اذا كان المرجع الى نية الطرفين فيما يتعلق بتفسير العقد ، وتعدد التزامات كل من الطرفين - كما أوضحنا فيما سبق - فإن ذلك انما يتم فى حدود مقتضيات سير المرافق العامة ، بحيث تعدل قواعد التفسير المتبعة فى القانون المدنى على هدى هذا المبدأ ، وهو ما سبق شرحه فى المبحث السابق .

٤ - ولقد سبق أن أوضحنا فى القسم الأول من هذا المؤلف موقف القضاء الإدارى المصرى فيما يتعلق باتصال العقد الإدارى بالمرفق العام . ونكتفى هنا بأن نورد حكمين فى هذا الخصوص ،

يوضحان المسلك السابق ، أحدهما صادر من محكمة القضاء الإداري ، والآخر صادر من المحكمة الإدارية العليا :

أولاً : حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٣٠ يونيو سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٧ قضائية وقد سبقت الإشارة إليه) حيث تقول : « ان العقود الإدارية ٠٠ تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف المقصد الإداري تسييره أو سد حاجته ، وتغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة ، ذلك بأنه اذا كان المتعاقدان في العقود المدنية يستهدفان تحقيق نفع مادي ومصلحة شخصية ، فان الأمر في العقود الإدارية يختلف عن ذلك ، لأن جهة الإدارة - وهي أحد طرفيه - لا تبغى مصلحة شخصية ، بل تتماقد لمصلحة المجموع ، وهدفها المصلحة العامة ، وهي القوامه عليها ، والمختصة وحدها بتوجيهها وتحقيقها وتنظيمها ، فهي تتماقد لتكفل حسن سير المرفق وانتظامه واستمراره ، وانجاز الأعمال والخدمات المطلوبة على وجه مرضى وفي المواعيد المقررة ، ولتحقيق ذلك تتمتع جهة الإدارة في العقود الإدارية بحقوق وسلطات واسعة ٠٠٠ » .

ثانياً : حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٧ ، والذي يقول : « ان العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية ، بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف المقصد تسييره ، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ، فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازنة ومتساوية ، اذ بها في العقود الإدارية غير مكافئة ، اذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة ٠ وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري ٠ ويترتب على ذلك أن للدائرة سلطة ٠٠٠ » (١)

(١) السنة الثانية ، ص ٩٣٧ ، ويلاحظ وحدة الأسلوب الذي تستعمله كل من محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا .

المبحث الرابع

امتداد آثار العقد الإدارى الى غير المتعاقدين فى بعض الحالات

١ - لما كان العقد الإدارى هو عقد يكل ما فى الكلمة من
«L'effet relatif des contrats» ممانى ، فان نسبية آثار العقود
تطبق عليه . وهذا ما يؤكده مجلس الدولة الفرنسى باستمرار سواء
فى أحكامه الحديثة أو القديمة على السواء ، ففى حكمه الصادر فى
١٨ مارس سنة ١٩٢٧ فى قضية «Fanvet»^(١) يقول :

«Le sieur F. n'ayant pas été partie au marché, n'est pas recevable à
saisir le Conseil d'Etat de conclusions tendant à faire déclarer l'Etat débiteur
à son égard».

٢ - واذن فالمبدأ المسلم به فى نطاق القانون الإدارى هو أن
آثار العقد تقتصر بصفة أساسية على الإدارة والمتعاقد معها . ولكن
ألا يمكن أن تمتد آثار العقود الإدارية فى بعض الحالات الى غير
المتعاقدين «les tiers» فترتب لهم حقوقا ، أو تفرض عليهم التزامات؟!

من الناحية العملية لاشك فى الاجابة بالايجاب . وسوف نرى
أن العقود الإدارية ترتب فى كثير من الحالات حقوقا والتزامات
بالنسبة الى غير المتعاقدين . ولكن من الناحية النظرية المجردة ، هل
يعتبر ذلك خروجاً على قاعدة نسبية العقود الإدارية ، أم يمكن
تفسيره على ضوء قواعد تنسجم مع فكرة النسبية السابقة ؟! ذلك
ما نرى أرجاء دراسته الى موضع آخر .

(١) المجموعة ص ٣٦٠ . وراجع حكمه الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٢٨ فى
قضية : (Cie internationale du gaz) منشور فى مجموعة سيري
سنة ١٩٣٩ القسم الثالث ص ١ مع تعليق (A. bo) وفى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٧
قضية (Coste) المجموعة ص ٨٤٩ .

(م - ٢٨ العقود الإدارية)

البَابُ الثَّانِي

التزامات المتعاقد وسلطات الادارة في مواجهته

يتجلى في هذا الباب - والباب الذى يليه - أبرز خصائص العقود
الادارية • وتدرس في فصلين متتاليين :

أولا : التزامات المتعاقد مع الادارة •

ثانيا : سلطات الادارة في مواجهة المتعاقد معها •

الفصل الأول

التزامات المتعاقد مع الإدارة

١ - يلتزم المتعاقد مع الإدارة - ككل طرف في عقد ما - بأن يوفى بالتزاماته التعاقدية ووفقا لشروط العقد وحسب القواعد العامة المقررة في هذا الصدد . ولا يكاد يختلف موقف المتعاقد في العقود الادارية من هذه الناحية عن موقف غيره من سائر المتعاقدين ، اللهم الا فيما يتعلق بمدى تأثير تأخره في التنفيذ على المرفق العام ، مما سنرى أثره بالتفصيل عند دراسة الجزاءات التي يمكن توقيعها على المتعاقدين المتأخر أو المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية . والتزامات المتعاقدين مع الإدارة تختلف في صورها وأوضاعها باختلاف عقودهم مع الإدارة . فقد تنصب على توريد بضائع ، أو نقل انسان أو حيوان أو مواد ... الخ ، أو المساهمة في تسير مرفق عام ، أو تقديم خدمات للإدارة ، أو القيام بأشغال عامة ... الخ مما لا يمكن حصره . ولما كان المؤلف يستهدف رسم الأسس العامة للعقود الادارية - كما هو واضح من تسميته - فاننا سنترك التفاصيل ، ونقف عند الأصول التي تصدق على كل عقد ادارى أيا كانت طبيعته الذاتية .

٢ - ومصادر التزامات المتعاقد مع الإدارة ، ترجع أولا وقبل كل شيء الى العقد الادارى بطبيعة الحال . ولكن هذا العقد ليس هو كل شيء في مجال تحديد التزامات المتعاقد . وانما يمكن أن يتحمل المتعاقد مع الإدارة ، بالتزامات أخرى ، يرجع مصدرها الى :

(١) النصوص الآمرة في القوانين واللوائح التي تحكم التعاقد .

«Les dispositions impératives des lois et règlements» والتي لا يجوز

للإدارة أن تخرج على مقتضاها في تعاقداتها مع الأفراد ، وهناك أمثلة كثيرة بهذا الخصوص في لائحة المناقصات والمزايدات . ولقد رأينا أن المحكمة الادارية العليا تعتبر هذه النصوص جزءا من العقد

الادارى حتى ولو لم يشر اليها صراحة ، ما لم تستبعد صراحة فى غير ما تعلق بالنظام المام . كما أن المادة ٤٠ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ قد نصت صراحة على أنه « يجب النص فى شروط المطاء على أن تعتبر أحكام اللائحة التنفيذية لهذا القانون جزءا مكملًا لهذه الشروط يوضع لها العقد » .

(ب) العرف والمعادن المرمية فى العقود ذات الصلة بالأوضاع التجارية كما هو الحال فى عقود التوريد مثلا ، اذ يرجع الى المعادن التجارية المرمية فى هذه العقود لتكملة ما يكون بها من نقص فى الشروط^(١) . ولقد رأينا ما للعرف والمعادن من أثر فى تفسير العقود الادارية .

(ج) ومن أهم المصادر التكميلية لالتزامات المتعاقد ، ما يرجع الى الأوامر التى تصدرها اليه الادارة «Les ordres de service» أثناء تنفيذ للعقد . وسوف نولى هذا الموضوع أهمية خاصة فيما بعد .

٣ - وبصرف النظر عن الطبيعة الخاصة لكل عقد ادارى ، يمكن رد التزامات المتعاقد مع الادارة الى ما يلى :

(أ) أن يقوم بالتنفيذ على مسؤوليته الخاصة
«exécuter les obligations à sa charge»

(ب) أن ينفذ التزاماته وفقا للشروط المحددة فى عقده وما يصاحبه من وثائق لا سيما دفاتر الشروط التى سبق أن أشرنا اليها .

(ج) أن ينفذ التزاماته بطريقة سليمة ، وبمنايا «d'une manière correcte et avec diligence»

(د) أن يلتزم مبدأ حسن النية «La bonne fois» فى التنفيذ .

(هـ) أن ينفذ التزاماته بنفسه «en personne» .

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٨ يوليو سنة ١٩٢٧ فى قضية «Les tiers» المجموعة ص ١٦٥ ، وقد طبق المجلس فيها احدى المعادن المتعلقة بتجارة الصوف ، وفى ٢ يوليو سنة ١٩٥٤ فى قضية «Galopin» مجلة القانون المام سنة ١٩٥٥ ص ٢٢٧ حيث طبق المجلس مادة لتلتزمها الادارة .

(و) أن يعترم المدد المحددة للوفاء بالتزاماته .

(ز) ألا يمتنع عن الوفاء بالتزاماته بحجة تقصير الإدارة ، ما دام هذا الوفاء ممكنا . وبهذا المعنى تقول المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٥ يوليو سنة ١٩٦٩ (س ١٤ ، ص ٩٣٢) « لما كان المقعد الإداري يتعلق بمرفق عام ، فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة اجراءات إدارية قد أدت الى الإخلال بالتزاماتها قبله ، بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ ، ما دام ذلك في استطاعته ، ثم يطالب جهة الإدارة بالتمويض » .

وواضح من ذلك ، أنه لا جديد فيما يتعلق بالتزامات المتعاقد الا فيما يتعلق بالتزامه بالتنفيذ شخصيا . ومع ثم فأننا ندرس هذا الموضوع بشيء من التفصيل .

التزام المتعاقد بالتنفيذ شخصيا

١- رأينا أنه بالنظر الى صلة المقعد الإداري الوثيقة بالمرفق العام ، فإن الإدارة تراعى اعتبارات خاصة فيما يتعلق بالمتعاقد معها ، سواء من حيث الكفاية المالية ، أو المقدرة الفنية ، أو حسن السمعة ، أو الجنسية ... الخ . ومع ثم فإن الاعتبار الشخصي «*L'intuitus personae*» يوضع في المقام الأول ، سواء فيما يتعلق باختيار المتعاقد ، أو تنفيذ المقعد :

أما فيما يتعلق باختيار المتعاقد ، فلقد رأينا أن الإدارة تملك سلطة تقديرية في الامتناع عن التعاقد مع شخص لا ترتضيه ، حتى ولو اختارته لجنة البت .

أما فيما يتعلق بالتنفيذ ، فإن القضاء يجرى على أنه من المبادئ الأساسية أن يقوم المتعاقد بالتنفيذ بنفسه «*principe de l'exécution personnelle*»

٢- ولما كان أساس القاعدة السابقة صلة المقعد بالمرفق العام ،

فانه من المنطقي أن يرتبط تطبيقها بمدى صلة العقد بالمرفق ، بحيث يتمم التزامها بغاية الصرامة كلما اشتدت صلة العقد بالمرفق العام . ولهذا يذهب الفقيه جيز الى أن القضاء الإداري يلتزم تلك المساعدة بغاية الصرامة في مجال عقود الامتياز ، نظرا لهيمنة الملتزم التامة على المرفق الذي يتولى شئون ادارته^(١) .

٣ - وهنا أيضا أتيح لمحكمة القضاء الإداري المصرية أن تبرز الصيغة الشخصية للالتزامات المتعاقدة مع الإدارة في بعض أحكامها ، ومنها حكمها الصادر في ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ (س ١١ ، ص ١٧٤) حيث تقول : « ومن حيث أن المحكمة ... تلاحظ بادئ ذي بدء أن العقد المبرم بين المدعي والحكومة هو من العقود الإدارية التي تحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعها ، ولو لم ينص عليها العقد ، ومن هذه القواعد أن التزامات المتعاقدة مع الإدارة للالتزامات شخصية «*intuitus personae*» أي أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصيا وبنفسه ... » .

وقد نصت المادة ٣٦ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ على أنه : « تحظر الوساطة في التعاقد فيما لا يكون التعامل فيه بالبيع عادة إلا للجهات المخاضة لأحكام هذا القانون ، ولا يسرى ذلك على المتعاقدة مع تلك الجهات إذا كان مركزه في الخارج ، وكان له وكيل معتمد في مصر » .

٤ - والمهم في قاعدة الالتزام الشخصي بالتنفيذ هو ما يترتب عليها من نتائج نعرض لها في الحالات الآتية :

(١) مطوله في المقود ، الجزء الأول ، ص ١٩٢ .
ولكن الفقيه دي لوبيادير يتحسك في ذلك ، ويرى أن القضاء لا يؤكد رأى الفقيه جيز على الأقل فيما يتعلق بأعمال القاعدة في مجال تنفيذ العقود الإدارية ، بمعنى أنه يرى أن القضاء يطبق قاعدة الالتزام الشخصي بالتنفيذ على جميع العقود دون أن يميز عقد الامتياز بأهمية خاصة ، مطوله في المقود ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ١٠٤ .

ولكن الأساس الذي تقوم عليه القاعدة ، يؤكد رأى الفقيه جيز .

أولاً : التعاقد من الباطن والنزول عن العقد .

ثانياً : موت المتعاقد .

ثالثاً : إفلاس المتعاقد أو إعساره .

١ - § التعاقد من الباطن والنزول عن العقد

١ - القاعدة المسلم بها في هذا الخصوص أنه يمتنع على المتعاقد مع الإدارة أن يحل غيره محله في تنفيذ جميع التزاماته التعاقدية (La cession) أو تنفيذ بعض هذه الالتزامات (Le sous traité) إلا بموافقة الإدارة مقدماً (L'autorisation préalable)

٢ - وهذه القاعدة منصوص عليها تشريعياً في مصر ، سواء في اللائحة الملغاة (المادة ٨٣ مددلة) أو اللائحة الجديدة . فالمادة ٧٥ منها تنص صراحة على أنه « لا يجوز للمتعهد أو المقاول النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها ، ومع ذلك يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك ، ويكتفى في هذه الحالة بتصديق البنك ، ويبقى المتعهد أو المقاول مسؤولاً عن تنفيذ العقد ، ولا يخل قبول نزوله عن المبلغ المستحق له بما يكون لجهة الإدارة قبله من حقوق » .

كما أن محكمة القضاء الإداري ، في حكمها الذي سبقت الإشارة إليه ، والصادر في ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ بعد أن أكدت مبدأ شخصية التزامات المتعاقد مع الإدارة استطردت قائلة : « ... فلا يجوز له أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها مع الباطن إلا بموافقة الإدارة ، فإذا حصل التنازل عن العقد الإداري بدون موافقة الإدارة ، فإن التنازل يعتبر باطلاً بطلانا يتعلق بالنظام العام ، ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد أو الفأوه اعتباراً بأن الخطأ المذكور خطأ جسيم » . وكذلك الحال في شأن التعاقد من الباطن إذ أنه ما لم توافق جهة الإدارة على

المتعاقد من الباطن فليس للمتعاقد أن يمهّد بتنفيذ الأعمال المطلوبة أو الالتزامات التي ارتبط بها الى شخص آخر ٠٠٠» (١) .

وتطبيقاً لهذه المبادئ التي أعلنها هذا الحكم ، قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بسلامة موقف الإدارة اذ فسخت العقد المبرم بينها وبين أحد الأفراد والذي يخوله حق استخراج الجبس من منطقة معينة ، حين ثبت للإدارة أن المتعاقد قد تنازل عن عقده لاحدى الشركات ، وذلك بحكمها الصادر في ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٧ (٢) .

كما أنها في حكمها الصادر في ٣٠ يونية سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٦٩) تقرر « أن اقدام المدعى على التعاقد مع الجهة الادارية ، ثم تخليه فعلا عن التزامه وحقوقه للسيد ٠٠ المحروم من دخول مناقصات الوزارة ، يعد مع قبيل الفس والتلاعب في نطاق العقد الإداري على الاطلاق ٠٠ مما يفسخ به العقد تلقائيا بغير اذار ومما يبرر حرمان المدعى من دخول المناقصات » .

٣ - ولكن يجب التمييز بين التنازل عن العقد كلياً أو جزئياً ، وبين الاتفاقات التي قد يبرمها المتعاقد بقصد تسهيل مهمته في تنفيذ التزاماته التعاقدية ، سواء فيما يتعلق بحصوله على الموارد المالية ، أو المعونة الفنية ، أو شراء الأصناف المطلوب توريدها ٠٠ الخ . فهذا النوع الثاني من التعاقد جائر كقاعد عامة (٣) ، تفريماً على حرية المتعاقد في اختيار طريقة الوفاء بالتزاماته ٠ ولا يعد مع هذا المبدأ الا ما قد يرد في العقد صراحة من ضرورة الحصول على أصناف معينة أو مع شركات معينة ٠٠٠ الخ أو ما قد يرد في اللوائح والقوانين بهذا الصدد ، كتحریم التعامل مع اسرائيل قديماً أو الاستماعة

(١) أكدت هذه المبادئ المحكمة الادارية العليا بحكمها الصادر في ١٩٦٣/١٢/٢٨ القضية رقم ١١٠٩ لسنة ٨ ق .

(٢) القضية رقم ١٩٨ لسنة ١١ قضائية ، السيد حامد ابراهيم الشيخ ضد وزير الصناعة ومدير عام مصلحة المناجم والمعادن .

(٣) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١١ مارس سنة ١٩٢٧ في قضية «Lorenso» المجموعة ص ٣١٤ .

بشركات تتعامل مع اسرائيل قبل الغاء هذا الحظر كما ذكرنا فيما سلف . وهذا المعنى أبرزته محكمة القضاء الادارى أيضا فى حكمها الصادر فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ - والذى أنرنا اليه فيما سبق - حيث تقول : « ٠٠٠ والتحرير هنا لا ينصرف الى حالة حصول المتعاقد على الاشياء والمواد الاولى اللازمة لتنفيذ عقده من الغير أو اتفاهه مع بعض رجال المال فى شأن تمويل العملية ، اذ أن مثل هذه التصرفات جائزة الا اذا نص العقد صراحة على تحريمها ، وانما يحرم على المتعاقد أن يحل غيره محله فى تنفيذ الالتزامات التى ارتبط بها ٠٠٠ » .

كما أنه من المنطقى أن يستعين المتعاقد بمعاونين اذا كانت طبائع الأمور والعرف تتطلب ذلك . وقد أشارت المحكمة الادارية العليا الى هذا المعنى فى حكمها الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٩٦٦ (س ١٦ ص ٦٥٨) وأعادت تأكيد ذات المبدأ فى حكمها الصادر فى ١٦ يناير سنة ١٩٧١ ، س ١٦ ، ص ١٥١) حيث كان أحد متمهدين الألبان يستعين ببعض المندوبين فى المحافظات الأخرى ، فقالت المحكمة : « ٠٠٠ لا يسوغ القول بأن يقوم المتعهد الأصلى بتنفيذ التزاماته وحده ، من غير الاستمانة بمجهودات غيره فى أعمال التنفيذ ، والا وضع أمام استعالة مطلقة . وأنه بالبناء على ما تقدم ، واذا جرى العرف على السماح بهذه الاستمانة فى الحدود المقررة والجائزة فى العقود الادارية ٠٠ » .

٤ - ويترتب على مخالفة المتعاقد للحكم السابق نتائج هامة ، يمكن اجمالها فيما يلى :

أولاً : ان التعاقد مع الباطن أو التنازل بغير موافقة الادارة ، لا يمكن أن يحتج به فى مواجهة الادارة (inopposable à l'administration) فلا يكون بين المتنازل اليه (Le cessionnaire) أو المتعاقد مع الباطن (Le sous traitant) وبين الادارة أى علاقة^(١) ، ويبقى المتعاقد الأصلى

مسئولا في مواجهة الادارة كما لو كان التنازل أو التعاقد مع الباطل غير قائم^(١) .

وهذا الحكم قرره كما رأينا المادة ٨٣ من اللائحة الملقاة والمادة ٧٥ من اللائحة الجديدة وقد سبق أن أوردنا نص هذه المادة الأخيرة .

والمسلم به وفقاً للقواعد العامة - وهو ما يأخذ به مجلس الدولة الفرنسي - أنه لا علاقة تعاقدية البتة بين الادارة وبين المتنازل اليه أو المتعاقد مع الباطل اذا لم توافق الادارة مقدما على التنازل أو التعاقد مع الباطل . ومن ثم فليس للمتنازل اليه أو المتعاقد مع الباطل بدون موافقة الادارة أن يرجع على الادارة بأى حقوق تعاقدية^(٢) ، وإن كان له أن يرجع عليها على أساس آخر ، لا سيما فكرة الاثراء بلا سبب . كما أنه يستطيع كدائن للمتعاقد الأصلي أن يطالب الادارة بحقوق مدينه وفقاً للقواعد المقررة في هذا الخصوص^(٣) .

وللادارة في جميع الحالات ألا تمكن المتنازل اليه أو المتعاقد مع الباطل من المساهمة في تنفيذ العقد .

ثانيا : ان تنازل المتعاقد عن عقده أو تعاقد مع الباطل بخصوص التزاماته التعاقدية ، يكون خطأ في تنفيذ العقد (Une faute contractuelle) وهذا الخطأ يبرر - في نظر مجلس الدولة الفرنسي - توقيع أقصى العقوبات ، ونعني به فسخ العقد على مسئولية لمعاقد (Maréchal) *liation aux torts et griefs du cocontractant* وذلك سواء نص على هذا

(١) حكم المجلس في ٥ يناير سنة ١٩٥١ في قضية «Commune de Lesparren» المجموعة ص ٣ .

(٢) حكم المجلس في ٩ يوليو سنة ١٩٢٤ في قضية «Cie Continental du gaz» المجموعة ص ٦٥٧ .

(٣) حكم المجلس في ١٦ يناير سنة ١٩٣١ في قضية «Bonniols» مجموعة سبري سنة ١٩٣١ ، القسم الثالث ص ٥٧ مع تعليق لستر . ومنشور أيضا في مجموعة دالوز سنة ١٩٣١ ، القسم الثالث ص ٩ مع تعليق «Bleurots» وراجع حكمه الصادر في ١٨ مارس سنة ١٩٢٧ في قضية «Fauvet» المجموعة ص ٣٦٥ .

الجزء فى العقد أو لم ينص^(١) ولقد سبق أن رأينا أن محكمة القضاء الإدارى المصرية قد أقرت هذه القواعد فى أحكامها الصادرة فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ وفى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٧ وفى ٣٠ يونية سنة ١٩٦٠ وقد سبقت الإشارة إليها .

٥ - وللإدارة أن توافق على رغبة المتعاقد معها فى النزول عن عقده أو فى التعاقد بخصوصه من الباطن . وهذا ما كانت تنص عليه صراحة المادة ٨٣ من لائحة المناقصات والمزايدات . وكل ما تتطلبه المادة السابقة هو « موافقة الجهة المتعاقدة كتابة ، ويجب أن يكون مصدقا على التوقيعات الواردة به من مكتب التوثيق المختص » . وهذا القيد يسرى بطبيعة الحال على جميع العقود التى تخضع للقانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ . أما فيما عداها فتطبق قاعدة تحرر الإدارة من الشكليات فيما يتعلق بالتعبير عن إرادتها ، وبالتالي لها أن توافق على التنازل أو التعاقد من الباطن فى أى شكل تشاء^(٢) . بل إن محكمة القضاء الإدارى المصرية قد أقرت هذه القواعد فى أحكامها الصادرة عقد المقاوله تكفى فيه الموافقة الضمنية ، وأن جريان المكاتبات بين الإدارة وبين المتنازل إليه يعتبر قبولا ضمنا للتنازل ، فشرط الحصول على القبول الكتابى إنما شرع رعاية للمصلحة المتعاقدة وليس للمقاول ، فإن هى تنازلت عنه فلا جناح عليها فى ذلك .

(القضية رقم ٧٨ لسنة ١٣ قضائية) .

والقاعدة المسلم بها ، أن السلطة التى تملك الموافقة على التنازل

(١) حكم المجلس فى ٢ يناير سنة ١٩٠٥ فى قضية «Cie départ. des eaux» منشور فى مجموعة مبرى سنة ١٩٠٧ القسم الثالث ص ٣٩ مع تعليق «Romieu» وحكمه فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ فى قضية «Monnet» المجموعة ص ١١٢٤ .

(٢) أما فى فرنسا ، حيث لا يوجد نص عام يقابل نص المادة ٨٣ من لائحة المناقصات والمزايدات ، فإن موافقة الإدارة عن التنازل أو التعاقد من الباطن تتم دون التقيد بشكليات معينة ، بل قد تستنتج الموافقة ضمنا ، كما فى حكم المجلس الصادر فى ١٠ يناير سنة ١٩٣٠ فى قضية «Commune de Pointe-à-Pitre» المجموعة ص ٣٢ . وفى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٢٧ فى قضية «Min. fin. et Chovin» المجموعة ص ٨٦٧ .

أو التعاقد من الباطن ، هي السلطة التي تملك إبرام العقد الأصلي^(١) .
وهذا - بطبيعة الحال - ما لم ينص المشرع على غير ذلك .

ومع هذا فلقد رأينا فيما سبق أن المادة ٧٥ من اللائحة الجديدة لم تتضمن الاستثناء الذي كان مقررا في المادة ٨٣ من اللائحة المرفقة . فالمادة الجديدة قد قصرت التنازل على المبالغ المستحقة للمتعهد أو المقاول ، كلها أو بعضها ، ولكن المادة قصرت التنازل على البنوك بشرط تصديق البنك المتنازل اليه ولا اجتهاد مع النص .

٦ - ولكن ما مدى حرية الإدارة في رفض الموافقة على تنازل المتعاقد عن عقده أو التعاقد بخصوصه من الباطن في الحالات التي يجوز فيها ذلك ؟ ان المتتبع لقضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد ، يجد أحكاما كثيرة فيما يتعلق بعقد الامتياز ، وهو العقد الذي تبرز فيه الصبغة الشخصية للالتزامات المتعاقدة بروزا ملموسا كما رأينا . ويتضح من هذه الأحكام ، المبادئ الآتية :

أولا : أن الملتزم اذا تقدم الى الإدارة بطلب الموافقة على التنازل عن عقده أو التعاقد بخصوصه من الباطن ، فيجب على الإدارة أن ترد عليه في ميعاد مناسب «Un délai raisonnable» ومن ثم فانه لا يجديها نفعا أن تلزم جانب الصمت ، واذا فعلت عرضت نفسها للمسئولية^(٢) .

ثانيا : لا تستطيع الإدارة أن ترفض الموافقة لمجرد الرفض ، بل يجب أن تستند في رفضها الى أسباب معقولة تتصل بالصالح العام ، ومثال ذلك ضعف الكفالة المالية أو الفنية للمتعاقد الجديد «L'incapacité technique ou financière du concessionnaire»

فاذا كانت الأسباب التي تزرعت بها الإدارة غير وجيهة ، فان المتعاقد يستطيع أن يحصل من قاضي العقد على حكم بإلغاء القرار

(١) «L'autorité qualifiée pour conclure le marché»
حكم المجلس الصادر في ٩ يوليو سنة ١٩٢٤ في قضية «Sté. le secteur electrique» المجموعة ص ٦٥٦ .

(٢) حكم المجلس في ١٩ فبراير سنة ١٩٣٢ في قضية «Mélens» المجموعة ص ٢٠٦ وفي ٦ فبراير سنة ١٩٤٦ في قضية «Deffarges» المجموعة ص ٤١ .

الصادر برفض الموافقة^(١) . كما له أن يطلب فسخ العقد خطأ الادارة^(٢) . أو الحكم بتمويض الأضرار التي تلحقه مع جرم هذا الرفض^(٣) . وإذا كانت أحكام المجلس ليست بهذه الكثرة أو الوضوح في مجالات العقود الادارية الأخرى ، فلا شك لدينا في أن المبادئ السابقة تسرى عليها أيضا ، وإذا كانت التطبيقات العملية قليلة فذلك لأن الصيغة الشخصية للالتزامات المتعاقد في تلك العقود أقل ظهورا منها في حالة عقود الامتياز . وأقصى ما يمكن أن يوصف به حق الادارة في رفض التنازل الكلي أو الجزئي عن العقد ، أنه يندرج في باب السلطات التقديرية للادارة ، والسلطة التقديرية مشروطة بحسن استعمالها ، ومقيدة باستهداف الصالح العام دائما .

٧ - وإذا وافقت الادارة على التنازل الكلي أو الجزئي عن العقد ، ترتب على موافقتها آثار هامة . ولكن القضاء يفرق بين الحالتين على النحو التالي :

أولا : التنازل الكلي عن العقد (La cession) يترتب على موافقة الادارة عليه حلول المتعاقد الجديد محل المتعاقد الأصلي في التزاماته في مواجهة الادارة . وبالتالي تنشأ بين الادارة وبين الحال علاقة تعاقدية مباشرة ، بل يعتبر الحال هو المسئول الوحيد أمام الادارة ما لم ينص على غير ذلك . ومن ثم يتحرر المتعاقد الأصلي من التزاماته^(٤) ، وإن كانت معظم العقود الادارية في فرنسا تجرى

(١) حكم المجلس الصادر في ٨ مارس سنة ١٩٤٤ في قضية «Commune de Balagnères» المجموعة ص ٨٠ وفي أول يوليو سنة ١٩٤٩ في قضية «Cte gudesloupéenne» المجموعة ص ٢٦٤ .

(٢) حكم المجلس في ١٣ نوفمبر سنة ١٩٠٨ في قضية «Wuilleumes» .
(٣) حكم المجلس في ٢٠ مارس سنة ١٩٤٢ في قضية «Dame Vue Bastis» المجموعة ص ٩٢ .

وراجع مذكرة الفقيه «Alibert» عن حكم المجلس الصادر في ١٢ أبريل سنة ١٩٣٥ في قضية «Ses rurale de distribution électrique» مجموعة سري ، سنة ١٩٣٥ ، القسم الثالث ، ص ١٣١ .

(٤) حكم المجلس في ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٧ في قضية «Ville d'Elbon» المجموعة ص ١٠١٥ .

على النص على بقاء الملزم الأصلي ضامنا للمتعاقدين الجديدين ، وهذا هو ما قضت به المادة ٨٣ من لائحة المناقصات والمزايدات الملغاة حيث تقول : « ويبقى المتعهد أو المقاول مسئولاً بطريق التضامن مع المتنازل اليه عن تنفيذ العقد » .

ثانيا : التعاقد من الباطن (Les sous-traités) تختلف الآثار القانونية في هذه الحالة عنها في الحالة السابقة ، فهنا تبقى العلاقة التعاقدية كاملة بين المتعاقد الأصلي والادارة ، بحيث لا يصبح المتعاقد من الباطن طرفا في العقد ، بل وجرى مجلس الدولة الفرنسي حتى سنة ١٩٥٣ على انكار كل علاقة تعاقدية بين المتعاقد من الباطن وبين الادارة . وفي التاريخ السابق صدر مرسوم (في ١١ مايو) بتنظيم طريقة مباشرة بين المتعاقد من الباطن وبين الادارة بقصد تنظيم دفع الثمن ، وذلك في عقود الدولة ، والمؤسسات العامة القومية التي لاتخضع للقواعد التجارية .

وهكذا لا يرتب مجلس الدولة الفرنسي على موافقة الادارة على التعاقد من الباطن الا نتيجة هامة واحدة ، وهي أن تلك الموافقة تجعل التعاقد من الباطن مشروعاً . ومن ثم لا تستطيع الادارة أن تتنكر له بعد ذلك ، والا ارتكبت خطأ تعاقديا يوجب مسئوليتها بالتعويض أمام المتعاقد الأصلي^(١) .

ومن ثم يمكن القول بأن المتعاقد الأصلي هو المسئول الوحيد أمام الادارة ، ترجع عليه في حالة التقصير ، وله وحده المطالبة بالحقوق المتولدة عن العقد ، ولا علاقة بين المتعاقد من الباطن وبين الادارة مباشرة الا ما يرد به نص صريح في القوانين أو اللوائح^(٢) .

(١) حكم المجلس في ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٤ في قضية «Ville de Toulouse» المجموعة ص ٦٤١ .

(٢) «Sté anonyme des étab. Christiani» وفي ١٨ يناير سنة ١٩٤٦ في قضية «Sté. française de matériel» حكم المجلس الصادر في ٢١ يونيو سنة ١٩٢٩ في قضية «Sté. française de matériel» المجموعة ص ٢١ .

٢ - § موت المتعاقد أو إفلاسه أو اعساره

١ - في حالة موت المتعاقد ، يرجع مجلس الدولة الفرنسي عادة الى شروط العقد ، والى دفاثر الشروط لترتيب الآثار التي تتولد عن هذه الواقعة . فاذا لم يرد فيها شيء بهذا الخصوص ، فان الفقه يرجع حق الادارة في فسخ العقد ، والتزام الورثة بالاستمرار في تنفيذ التزامات المتعاقد المتوفى اذا لم تر الادارة فسخ العقد^(١) .

ونظرا الى العلاقة الوثيقة التي تربط بين الملتزم في عقود الالتزام وبين ادارة المرفق العام ، فقد ذهب الفقيه جيز الى أن موت الملتزم في عقود امتياز المرافق العامة يؤدي الى فسخ العقد بقوة القانون (La résiliation de droit) ^(٢) .

ولكن الفقيه دي لو بادير يرى أن القضاء لا يؤيد الاستنتاج الذي قال به الفقيه جيز ، ويستدل على ذلك بأحكام لمجلس الدولة الفرنسي ، جاء فيها أن مهمة المجلس تنحصر في التوفيق على قدر الامكان بين مقتضيات سير المرافق العامة ، وبين الحقوق التي يستمدها الورثة من المتوفى^(٣) . واستنتج من تلك الأحكام ، أن موت الملتزم في عقد الامتياز يترتب عليه النتائج التالية :

(أ) لا ينفسخ العقد بقوة القانون لمجرد موت الملتزم .

(ب) يؤول الالتزام الى الورثة دون حاجة لموافقة الادارة الا اذا نص العقد على غير ذلك . واستند في هذه النتيجة الخطيرة الى ثلاثة

(١) مؤلف جيز في العقود ، المراجع السابق ، الجزء الأول ، ص ٢٠٧ ، ومؤلف دي لو بادير ، المراجع السابق الجزء الثاني ، ص ١١٢ - ١١٨ .

(٢) الفقيه جيز ، المراجع المشار اليه في الهامش السابق ، ص ٢٠٨ .

(٣) حكم المجلس الصادر في ٥ يوليو سنة ١٩٣٥ في قضية «Commune de Reuilly» منشور في مجموعة سيري سنة ١٩٣٥ ، القسم الثالث ص ١٢١ مع تعليق «Allibert» وقد جاء في الحكم قول المجلس :

« concilier les nécessités du service public avec les droits que les héritiers tiennent de leur auteurs ».

وأحكامه الصادرة في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٧ في قضية (Ville d'Alger) المجموعة ص ١٠٨٣ وفي ٢١ أبريل سنة ١٩٥٠ في قضية (Nuncio) المجموعة ص

أحكام لمجلس الدولة الفرنسى صادرة فى ٣ أبريل سنة ١٩٢٥ فى قضية (Ville de Mascara) (مجموعة ليبون ص ٣٨٢) وفى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٧ فى قضية (Ville d'Alger) (مجموعة ليبون ص ١٠٣٨) وفى ٢١ أبريل سنة ١٩٥٠ فى قضية (Nuncie) (مجموعة ليبون ص ٢٣١) .
(ج) فى حالة تضمين عقد الامتياز شرطا يقضى بضرورة موافقة الادارة على حلول الورثة محل مورثهم فى تنفيذ عقد الامتياز ، فان سلطة الادارة فى هذه الحالة تغدو من قبيل سلطتها فى حالة الموافقة على التنازل عن العقد أو التعاقد بخصوصه من الباطن ، على النحو الذى سبق توضيحه^(١) .

٢ - أما فى مصر ، فقد حسم المشرع الموضوع سواء فى اللائحة القديمة (المادة ٨٦) أو فى اللائحة الجديدة . فالمادة ٧ من اللائحة الجديدة تنص صراحة على أنه « اذا توفى المتعهد أو المقاول جاز لجهة الادارة فسخ العقد مع رد التامين ، أو السماح للورثة بالاستمرار فى تنفيذ العقد بشرط أن يمينوا عنهم وكيفا بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه ، ويوافق عليه رئيس الادارة المركزية المختص » .
واذا كان العقد مبرما مع أكثر من متعهد أو مقاول وتوفى أحدهم ، فيكون لجهة الادارة الحق فى إنهاء العقد مع رد التامين ، أو مطالبة باقى المتعهدين بالاستمرار فى تنفيذ العقد .
ويحصل الانهاء فى جميع هذه الحالات بموجب كتاب موصى عليه يعلم الوصول دون حاجة الى اتخاذ أية اجراءات أخرى أو الالتجاء الى القضاء » .

والأحكام الواردة فى المادتين السابقتين تتفق مع القواعد التى أشار اليها الأستاذ دى لوبادير . فالمتوفى بذاته لا ينهى العقد بقوة القانون ، ولكنه يغول الادارة الخيار بين فسخه ، وبين السماح للورثة بالاستمرار فى التنفيذ . كما أن المشرع المصرى واجه حالة جديدة وهى حالة تعدد المتعاقدين وموت أحدهم أو بعضهم ، وقد أجرى عليها الحكم الخاص بالورثة .

(١) مؤلفه فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ١١٨ و ١١٩ .

(م - ٢٩ العقود الادارية)

٣- ومما يتصل بالحالة السابقة ، حالة انحلال الشركة المتعاقدة (La dissolution de la société) والأمر هنا فى غاية البساطة ، اذ يؤدى انحلال الشركة الى اتمام العقد ، لأن الشركة ، وهى شخص معنوى مجازى ، لا ورثة لها . ولكن العقد لا ينتهى الا بعد اتمام اجراءات الحل نهائيا . أما فى فترة التصفية ، فان الشركة تظل قائمة قانونا وبالتالي يكون عليها - ولها - الاستمرار فى تنفيذ العقد ، بل وليس للادارة أن تستند الى مجرد حالة التصفية لانتهاء العقد^(١) . ويختلف الأمر اذا نص فى العقد على غير ذلك .

٤- وفى حالة افلاس المتعاقد أو اعساره ، يرجع مجلس الدولة الفرنسى هنا أيضا الى شروط العقد لمعرفة أثر الحالة الجديدة على استمرار العقد ، ويعمل تلك الشروط . فاذا لم يجد فيها حلا ، فانه يطبق القاعدة التى بمقتضاها لا يؤدى الافلاس أو الاعسار بذاته الى اتمام العقد ، وانما يكون للادارة فى هذه الحالة أن تفسخ العقد اذا رأت أن الصالح العام يقضى بذلك^(٢) ، وهنا أيضا حسمت لائحة المناقصات والمزايدات القديمة هذا الموضوع فى المادة ٨٥ منها . وقد نقل المشرع هذا الحكم الى صلب القانون فى المادة ٢٧ منه والتي تنص على أن « يفسخ العقد ويصادر التأمين النهائى فى الحالات الاتية : ... »

٣- اذا افلس المتعاقد أو أعسر ... » .

فالافلاس أو الاعسار لا يؤدى بذاته الى اتمام العقد بقوة القانون ، ولكنه يكون سببا فى تمكين الادارة من الفسخ . ولكن المادة لم تترك للادارة حرية الاختيار ، بل جعلت الفسخ اجباريا فى الحالة السابقة .

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٠ مايو سنة ١٩٤٠ فى قضية (Nussbaum) المجموعة ص ١٦٥ ، وفى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ فى قضية (Touchevieux) المجموعة ص ١١٣٨ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٢ مارس سنة ١٩٠٢ فى قضية (Chambon) المجموعة ص ٢٤٤ وفى ١٨ أبريل سنة ١٩١٧ فى قضية (Labat) المجموعة ص ٣١٧ .

الفصل الثانى

سلطات الادارة فى مواجهة المتعاقد معها

١ - تتمتع الادارة - كطرف فى العقد الادارى - بسلطات لا مقابل لها فى القانون الخاص . ولقد رأينا أن مناط هذه السلطات - التى لا يمكن أن يتمتع بها الأفراد - مقتضيات سير المرافق العامة ، وتحقيق الصالح العام . ويمكن رد سلطات الادارة فى هذا الخصوص الى مظاهر أربعة هى :

أولاً - حقها فى الرقابة على المتعاقد أثناء تنفيذ التزامه .
ثانياً - حقها فى تعديل التزامات المتعاقد بالنقص أو الزيادة .
ثالثاً - حقها فى توقيع جزاءات متنوعة على المتعاقد اذا أخل بالتزاماته .

رابعاً - حقها فى انهاء العقد دون خطأ من جانب المتعاقد .
أما المظهر الأخير لسلطات الادارة فاننا نرى ارجام دراسته الى القسم الرابع والأخير من هذا المؤلف ، والمخصص لدراسة نهاية العقود الادارية . وأما المظاهر الثلاثة الأخرى ، فاننا ندرسها على التوالى فى المباحث القادمة .

٢ - وتحرص محكمة القضاء الادارى المصرية فى معظم أحكامها الصادرة بهذا الخصوص - سواء القديم منها أو الحديث - على إبراز مظاهر تلك السلطات . ونكتفى هنا - على سبيل المثال - بحكمها الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٩٨٢ لسنة ٧ قضائية) والذى تقول فيه ، بعد أن أبرزت خصائص العقد الادارى ، وفقاً للمبادئ المقررة فى القانون الادارى « ... وهذا القانون ... يعطى جهة الادارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد . وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها اذا أخل بالتزاماته ، ثم سلطة تعديل العقد

من جانبها وحدها، بل أن لها حق إنهاء العقد إذا رأت - حسب مقتضيات المصلحة العامة - أن تنفيذ العقد أصبح غير ضرورى * . وهى تتمتع بهذه الحقوق والسلطات حتى ولو لم ينص عليها فى العقد ، لأنها تتعلق بالنظام العام ، وهذا كله دون أن يحتج عليها بقاعدة قوة العقد الملزمة أو بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين بالمعنى المفهوم من ذلك فى القانون المدنى * . ومن هذا يبدو واضحا أن كفتى المتعاقدين فى العقود الادارية غير متكافئة على خلاف الأمر فى العقود المدنية حيث يكون التعاقد ثمرة مناقشة حرة بين الطرفين ، وحيث تنضبط حقوق الطرفين ، والتزاماتهما بما تنتهى اليه هذه المناقشة * . وعلة ذلك هو تباين الأهداف عند كل من طرفى العقد الادارى * . »

وهو ما تؤكده المحكمة الادارية العليا أيضا ، ومن أحكامها المعبرة فى هذا الصدد حكمها الصادر فى ٢ مارس سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٦٢٥) فبعد أن أبرزت صلة العقود الادارية بالمرافق العامة ، ومقتضيات هذه الصلة ، استطردت تقول : « * . ويترتب على ذلك أن للإدارة « سلطة الاشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الادارية ، ولها دائما حق تغيير شروط العقد واضافة شروط جديدة بما قد يتراعى لها أنه أكثر اتفقا مع الصالح العام دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، كما يترتب عليها كذلك أن للإدارة سلطة إنهاء العقد اذا قدرت أن هذا هو ما يقتضيه الصالح العام ، ولا يكون للطرف الآخر الا الحق فى التعويض ان كان له حق ، وذلك كله على خلاف الأصل فى العقود المدنية * . »

ولم تبق هذه المبادئ نظرية ، بل طبقتها الادارة ، وطرحت على القضاء الادارى حالات عديدة وأعمل فيها المبادئ السابقة كما سنرى فيما بعد * .

٣ - وإذا كانت العقود الادارية نادرا ما تغلو من مظاهر سلطات الادارة السابقة ، وكانت القوانين واللوائح تنص على تلك المظاهر باستمرار ، فإن المسلم به أن طبيعة العقد الادارى ، واتصاله بالصالح

العام ، يجعل من تلك المظاهر حقا أصيلا للإدارة ، تتمتع بها دون حاجة الى النص على ذلك فى العقد . ويعترب على هذه القاعدة الأصلية نتائج بالغة الخطورة منها :

(أ) أن عدم النص على أى مظهر من تلك المظاهر لا يعنى أن الإدارة لا تستطيع أن تمارس تلك الحقوق ، لأن مرجع حق الإدارة فى ذلك الى طبيعة العقد . فإذا كان العقد إداريا كان للإدارة أن تمارس من الحقوق السابقة بقدر ما تدعو اليه الحاجة ، ذلك أن تلك الحقوق كما ذكرنا تستمد من الإدارة لا من اتفاق الطرفين عليها صراحة أو ضمنا ، ولكن من مبادئ القانون الإدارى مباشرة . ولهذا كان النص على تلك المظاهر فى العقد من الأدلة القاطعة على طبيعة العقد الإدارى كما ذكرنا .

(ب) إذا تضمن العقد المبرم بين الإدارة والأفراد النص على بعض مظاهر تلك السلطات دون بعضها الآخر ، فإن للإدارة أن تستعمل السلطات المنصوص عليها والتي لم ينص عليها أيضا للأسباب السابقة .

(ج) لا تستطيع الإدارة أن تتفق فى عقد تبرمه بينها وبين الأفراد على التنازل عن استعمال تلك الحقوق بعضها أو كلها ، ولا حتى على تقييد حقها فى استعمال تلك السلطات ، لأن تلك السلطات تتعلق باختصاصات الإدارة التي لا يمكن أن تكون محل تماقذ أو تصالح بينها وبين الأفراد ، وكل اتفاق يتم على خلاف ذلك فهو باطل لا يمتد به .

وتلك الأحكام مستقرة فى قضاء كل من مجلسى الدولة المصرى والفرنسى كما سنرى فيما بعد .

المبحث الأول

حق الرقابة «Les pouvoirs de contrôle»

١ - قد يقصد بحق الرقابة على المتعاقد المعنى الضيق ، والذي ينحصر في التحقق من أن المتعاقد يباشر تنفيذ العقد طبقا لشروطه . ووفقا لهذا المعنى الضيق «*Stricto Sensu*» يكون حق الرقابة مرادفا لمنى الاشراف «*contrôle, surveillance*» ولا جدال في هذا الحق الذي نجد مرادفا له حتى في عقود القانون الخاص . وتمارس الادارة هذا الحق عادة عن طريق ايفاد بعض مهندسيها لزيارة مواقع العمل ، والتأكد من سيره وفقا للمواعيد المحددة ، ولفحص المواد المستعملة للأطمئنان الى جودة نوعها ، والى أن كل شيء يسير وفقا لمقتضيات الصالح العام . ويكون تدخل الادارة هنا في الحقيقة ممهدا لتسليم العمل عند اتمامه ، فهو مكمل لرقابة الفحص اللاحقة عند التسليم «*La reception*» .

٢ - ولكن حق الرقابة يتجاوز المعنى الضيق السابق ، ويسمح للادارة بأن تتدخل بدرجة تزيد على حد التأكد من سلامة تنفيذ العقد أثناء القيام به ، في حالة ما اذا استعملت الادارة حق الرقابة للتدخل في أوضاع تنفيذ العقد، وتغيير بعض الأوضاع «*Le choix des modalités d'exécution*» وذلك في الحالات غير المنصوص عليها صراحة في العقد ، لأن حق الرقابة غير حق التمديد الذي سوف نعرض لدراسته فيما بعد . ومن ذلك مثلا أن تتدخل الادارة وتطلب استعمال طريقة في التنفيذ غير تلك التي يلجأ اليها المتعهد ، وهنا تصبح الرقابة بمثابة توجيه المتعاقد «*pouvoir de direction*»

٣ - ويلاحظ أن العقود الادارية في فرنسا تتناول بالشرح مدى ملطة الادارة في التدخل في أوضاع تنفيذ العقد . وكذلك قد ينص على مدى سلطات الادارة في بعض القوانين واللوائح التي تنظم الموضوع ، وحينئذ لا صعوبة في الأمر ، اذ تنفذ الشروط الواردة في العقود أو النصوص التشريعية .

وقد وردت الإشارة الى هذا الحق فى المادة ٨٨ من اللائحة المرفاه ، وفى المادة ٧٧ من اللائحة الجديدة ، والتي تنص على أن المفاوض « يكون مسئولاً عن حفظ النظام بموقع العمل ، وتنفيذ أوامر جهة الادارة ، بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط . ويلتزم المفاوض أيضاً باتخاذ كل ما يكفل منع الاصابات أو الحوادث أو الوفاة للعمال أو أى شخص آخر أو الاضرار بممتلكات الحكومة أو الأفراد . وتعتبر مسئوليته فى هذه الحالات مباشرة دون تدخل لجهة الادارة . وفى حالة اخلاله بتلك الالتزامات يكون لجهة الادارة الحق فى تنفيذها على نفقته » .

كما أن المادة السابعة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ - الخاص بنظام التزامات المرافق العامة - والمعدلة بمقتضى القانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ والقانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨ - تنص على أنه : « لمانح الالتزام أن يراقب انشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والادارية والمالية . وله فى سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه فى مختلف الفروع والادارات التى ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق ، ويختص هؤلاء المندوبين بدراسة تلك النواحي ، وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام . ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية - بناء على اقتراح الوزير مانح الالتزام أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام - أن يعهد الى ديوان المحاسبة بمراقبة انشاء المرفق وسيره من الناحية المالية ، أو أن يعهد بالرقابة الفنية والادارية عليه الى أية هيئة عامة أو خاصة . كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفى وزارته أو غيرها من الوزارات والهيئات العامة لتولى أمر من أمور الرقابة على التزامات المرافق العامة . وفى هذه الحالة يتولى ديوان المحاسبة أو الهيئة أو اللجنة المكلفة بالرقابة دراسة النواحي التى نيط بها رقابتها ، وتقديم تقرير بذلك الى كل من الوزير المختص والجهة مانحة الالتزام .

« وعلى الملتزم أن يقدم الى مندوبى الجهات التى تتولى الرقابة وفقاً للأحكام السابقة كل ما قد يطلبون من معلومات أو بيانات أو

احصاءات، كل ذلك دون الاخلال بحق مائع الالتزام فى فحص الحسابات أو التفتيش على ادارة المرفق فى أى وقت » • ولقد كان نص المادة قبل تعديله يقتصر الرقابة على النواحي المالية ، فعدل النص الى وضعه الجديد ، وبررت المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ هذا التعديل بقولها : « والحكم الوارد فى المادة «الفة الذكر (٧ قديما) وان أبرز حق رقابة الملتزم من الناحية المالية الا أنه مع المسلم أن حق الرقابة فى أصله ليس قاصرا (يقصد مصورا) على الرقابة المالية دون غيرها ، بل يمتد الى الناحيتين الفنية والادارية • وبحق الرقابة يظل موجودا طالما وجد المرفق العام ، وبعبارة أخرى أن الطبيعة القانونية للمرفق العام هى الأساس القانونى لسلطة الدولة فى الرقابة ، ذلك أن المرفق العام ما هو الا هيئة أو مشروع «entreprise» يعمل باطراد وانتظام لسد حاجات الجمهور • ومع مقتضى مراقبة سير المرفق العام أن يكون للدولة تعيين مندوبين فى جميع ادارات وفروع المرفق العام ، تكون مهمتهم دراسة كيفية قيام الملتزم بادارة المرفق وتقديم توصياتهم للدولة فى هذا الشأن^(١) » •

٤ - وحيثما لا يوجد نص يبين مدى سلطة الادارة فى الرقابة -
سوء فى المقعد أو فى القوانين واللوائح - يشور البحث حول مدى حق الادارة فى التدخل فى أوضاع تنفيذ المقعد • أما عن الرقابة بمنعها الضيق الذى حددناه ، فلا شك حول حق الادارة فى ممارستها

(١) كما أن المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨ بتعديل ذات المادة -
وهى قد حدثت مرتين كما ذكرنا - تقول : « وبحق الرقابة على الملتزم حق أساسى مرده الى فكرة المرفق العام وما يقتضيه سيده وانتظامه • وهو حق ثابت للجهة مانعة الالتزام ولو لم ينص عليه فى المقعد ، بل يظل موجودا طالما وجد المرفق العام ، وقد تضمن المشروع المقترح تعديل نص المادة ٧ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بما يكفل تحقيق رقابة أدق وأوفى على الملتزم لكفالة سير المرفق العام » واستطردت المذكرة تقول : « ولئن كان المشروع قد تضمن صوراً متعددة من الرقابة لكفالة سير المرافق العامة وانتظامها ، الا أن اختيار أحدها هذه الوسائل أو الجمع بينها مرده الى الوزير المختص (أو الجهة المختصة) اذ يتخصص فى تقدير ملائمة كل منها لاحتياجات المرفق ، وما يقتضيه نظام سيده ، بما يحقق المصلحة العامة • فكل ضوء احتياجات المرفق العام ، يقرر الوزير اختيار ما يناسبها من وسائل الرقابة وما يتلائم معها من صورها ، فلا يجمع بين أكثر من صورة منها الا اذا قدر أنها أدعى الى تأمين سير المرفق ، وتغليب المصلحة العامة التى تتفيهاها العقود الادارية » •

على النحو الذى أوضحناه . وأما عن الرقابة التى تتناول التدخل فى اختيار أوضاع التنفيذ ، فإن الأمر بشأنها يدق ، ويختلف باختلاف العقود ، وفقا لمدى صلة العقد بالمرفق العام ، وهو الأساس الذى تقوم عليه سلطات الادارة :

ففى عقود امتياز المرافق العامة ، رأينا الى أى مدى تصل الرقابة بمقتضى المادة السابعة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ (معدلة) .

وفى عقود الأشغال العامة ، يسلم مجلس الدولة الفرنسى للادارة بسلطات واسعة فى الرقابة فيما يتعلق باختيار المواد ، وطرق التنفيذ ، لأن الادارة هى صاحبة المشروع ، ولها الحق بالتالى فى توجيه التنفيذ .
(L'administration est le maître de l'ouvrage)

أما فى عقود التوريد مثلا حيث تضمف الصلة بين تنفيذ الالتزام وبين سير المرفق العام فإن الأصل أن يستقل المورد باختيار طريقة التنفيذ ، ما لم ينص العقد على خلاف ذلك .

٥ - على أنه مهما كانت سلطة الادارة فى رقابة التنفيذ وتوجيهه فإنها يجب أن تقف عند حد عدم تغيير طبيعة العقد (La dénaturation du contrat) وألا تتجاوز حدودا معينة كما سنرى فيما بعد .

المبحث الثانى

حق التعديل

«Le pouvoir de modification unilatérales»

وندرس فى فرعين متتاليين :

أولا - صور حق التعديل ، وأساسه ومداه .

ثانيا - دراسة تطبيقية لهذا الحق فى عقود الامتياز والأشغال العامة والتوريد .

الفرع الأول

صور حق التعديل وأساسه ومداها

١ - لاشك في أن حق التعديل أخطر من حق الرقابة في أقصى صورة والذي أشرنا اليه في المبحث السابق : فالادارة هنا لا تتدخل في مجال مسكوت عنه في العقد ، وانما تحاول أن تغير في الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد اما بالزيادة أو النقصان . ويمكن أن يرجع التعديل الى عنصر من العناصر الآتية :

(أ) كمية الأعمال أو الأشياء محل العقد

(Le volume ou la quantité des prestations)

(ب) شروط التنفيذ المتفق عليها

(Les conditions d'exécution)

(ج) وأخيرا مدة التنفيذ

(La durée du contrat)

٢ - وواضح أن سلطة الادارة هنا تبلغ أقصى مداها ، لأن حق الادارة يهاجم قاعدة الزام العقد لطرفيه في الصميم ، وهي جوهر الرابطة التعاقدية كما هو معروف . وهذه السلطة الخطيرة يرد النص عليها صراحة في العقود الادارية ، وفي دقاتر الشروط ، وتعتبر من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة ، والتي تميز المقسود الادارية عما عداها كما رأينا تفصيلا .

ولكن هل تملك الادارة هذه السلطة اذا لم يرد عليها نص صريح في العقد ؟! يذهب الرأي الراجح في الفقه الادارى الفرنسى الى وجود هذا الحق مستقلا عن النص الوارد بخصوصه في العقد ، ذلك أن العقد اذا نص عليه ، فان هذا النص يكون كاشفا لا منشئا . ولكن هذا الرأي الذى يعترف للادارة بهذه السلطة الخطيرة ، لا يجعل من هذا الحق سلطة مطلقة ، تهدر قاعدة الزام العقود لطرفيها ، وانما يعنى أن العقد الادارى يتمتع بقدر من المرونة (une certaine mutabilité) تستلزمة طبيعة العقد ، واتصاله بالمرفق العام^(١) .

(١) مطول جيز في العقود ، الجزء الأول ، ص ٣١٩ . وموجز يونار في القانون الادارى ، ص ٦٢٠ ، وبعت للأستاذ فالين في مجلة القانون المام سنة ١٩٤٨ ص =

وذهبت أقلية الى مهاجمة حق الادارة فى التعديل . ولعل موقف الفقيه جيز فى هذا الصدد ، له دلالة خاصة ، فبعد أن أيد حق الادارة فى التعديل اذ به يعدل عن خطته السابقة ، ويهاجم ذلك الحق ، فهو لا يمتدح به الا فى عقدى الأشغال العامة والامتياز . ومرجع ذلك عنده الى طبيعة عقد الامتياز بالذات ، لأن شروطه ليست كلها شروطا تعاقدية ، بل منها ما هو لائعى كما هو معروف ، وبالتالي يكون للادارة حق تعديل الشروط اللائعية دون التعاقدية . أما فى غير تلك الحالة ، فانه لا يجوز للادارة أن تستقل بتعديل شروط عقد وافق عليه كل من الطرفين بحرية^(١) .

«Il n'appartient pas à l'administration de modifier les clauses d'un contrat librement acceptés par les parties».

بل تطرف بعض الفقهاء المحدثين فى هجومهم على فكرة سلطة الادارة فى التعديل ، فذهب الفقيه (L'Hnillier) الى أن هذا الحق فى الواقع هو من خلق الفقهاء ، وأن قضاء مجلس الدولة الفرنسى لا يؤيده (dogme proposé à la fois des juristes) وقد استند هذا الفقيه الى حكم لمجلس الدولة الفرنسى صادر فى ١١ يوليو سنة ١٩٤١ فى قضية (Hôpital-Hospice de Chauny)^(٢) ، ويتعلق هذا الحكم بمقد وكالة (mandat) وقد جاء فيه قول المجلس :

«Il n'appartenait pas à l'administration de modifier unilatéralement les conditions dudit mandat».

ومن ثم فانه يرى أن سلطة التعديل لا تتمتع بها الادارة الا بمقتضى نص فى التشريع أو فى العقد ذاته .

والواقع أن هذا الراى المتطرف ، ينكر طبيعة المقد الادارى . وهو يقع فى التناقض حين يقرر أن سلطة التعديل يمكن أن تتمتع

= ٨٠ ، ورسالة الفقيه بكيو ص ٣٦٣ ، ومطول دويژودى بير فى القانون الادارى ص ٩٠٦ ، ومطول دى لوبيادير فى القانون الادارى ، رقم ٨٠١ وما بعدها ، وأخيرا مطوله فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٢٣١ .

(١) راجع تعليقه بهذا المعنى فى مجلة القانون المام سنة ١٩٤٥ ، ص ٢٥٧ .
(٢) منشور فى مجموعة سريى ، سنة ١٩٤٧ ، القسم الثالث ، ص ١٥ .

بها الادارة اذا نصت عليها فى العقد . فالمسلم به ، أن طبيعة العقد باعتباره عقدا ؛ تأبى مثل هذا الشرط ، وأن شرط التعديل لا يكون مشروعا الا فى العقد الادارى نظرا للطبيعة الخاصة بهذا العقد . ومنطلق هذا الأساس ، أن يكون للادارة ممارسة تلك السلطة ، اذا ثبتت طبيعة العقد الادارى دون حاجة للنص عليها صراحة . أما القول بأن قضاء مجلس الدولة الفرنسى لا يؤيد هذا الحق ، ففيه مبالغة ، فالحقيقة التى أكدها الفقهاء أن سلطة التعديل تستند الى قضاء مجلس الدولة الفرنسى . ولكن هذا القضاء أصبح نادرا فى الوقت الحاضر ، كما يقول الفقيه دى لوبادير ، نظرا لأن العقود الادارية قد جرت على النص على سلطة التعديل وعلى رسم حدودها ، مما ضيق من مجال القضاء فى هذا الصدد^(١) .

٣ - ومهما كان الخلاف حول «لمطة التعديل فى فرنسا ، فإن هذا الحق كان فوق كل شك فى مصر فى ظل لائحة المناقصات والمزايدات الملفة ، فقد ورد النص عليه صراحة ، وبصفة عامة ، فى المادة ٨٧ من تلك اللائحة حيث تقول : « تحتفظ الوزارة أو المصلحة بالحق فى تعديل العقد بالزيادة أو النقص فى حدود ١٥٪ فى عقود التوريد و ٣٠٪ فى عقود التوريد الأغذية و ٢٥٪ فى عقود الأعمال ، دون أن يكون للمتعهد أو المقاول الحق فى المطالبة بأى تمويض عن ذلك » .

هذا ولقد أضيفت الى المادة السابقة فقرة جديدة بمقتضى القرار الوزارى رقم ١٧٦ لسنة ١٩٦٠ بمقتضاها : « يجوز بقرار مع وكيل الوزارة أو رئيس المصلحة أو مدير السلاح فى الوزارات أو المناطق والمصالح والأسلحة تجاوز الحدود الواردة بالفقرة السابقة

(١) مطول فى العقود الادارية ، الجزء الثانى ، ص ٣٢٣ حيث استعرض قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد بالنسبة الى عقد للاحتياز وغيره من العقود . وراجع على الخصوص رسالة الدكتور ثروت بدوى ، المرجع السابق ، ص ٥٩ حيث أورد قضاء مجلس الدولة الخاص بزيادة عربات الترام ، وص ٦١ حيث أورد القضاء الخاص بالاضاءة ، وقضاء المجلس الخاص بالقسيخ ص ٦٦ ، وأخيرا قضاءه الخاص بزيادة المقابل أو انقاصه ص ٦٨ .

فى الحالات الطارئة أو الاستثنائية بشرط ألا يؤثر ذلك على أولوية المتعهد أو المقاول فى ترتيب عطائه ، ووجود اعتماد فى الميزانية يسمح بذلك ، وضرورة الحصول على موافقة المقاول عليها » .

كما أن المادة ٩٣ من ذات اللائحة تقضى بأنه « على المقاول أن ينهى جميع الأعمال الموكول اليه تنفيذها بما فى ذلك أية زيادات أو تغييرات تصدر بها أوامر من الوزارة أو المصلحة أو السلاح بمقتضى ما يكون مخولا لها من حقوق فى العقد ... » .

هذا فضلا عما يرد فى القوانين الخاصة بكل عقد على حدة ، كما هو الشأن فى عقد الامتياز كما سنرى .

وهذا الاجمال الذى ورد فى النصوص التشريعية تولت محكمة القضاء الادارى تفصيله فى أحكام كثيرة لها نكتفى منها بحكمين على سبيل المثال وهما :

اولا : حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦^(١) . وقد جاء فيه بعد أن أبرزت المحكمة خصائص العقود الادارية المميزة لها عن عقود القانون الخاص قولها : « ... ومقتضى هذه السلطة أن الادارة تملك من جانبها وحدها وبارادتها المنفردة - على خلاف المألوف فى معاملات الأفراد فيما بينهم - حق تعديل العقد أثناء تنفيذه ، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت ابرام العقد ، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر أو تنقصها ، وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص على خلاف ما ينص عليه العقد ، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل ، ومن غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز تعديله الا باتفاق الطرفين ، وذلك لأن طبيعة العقود الادارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة ، تفترض مقدما حدوث تغيير فى

(١) القضية رقم ١٦٠٩ لسنة ١٠ قضائية ، وزارة التكوين ضد السيد محمد محمد خليل ، ، السنة ١١ ص ٩٠ .

ظروف العقد وملايساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق ، وأن التعاقد فيها يتم على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند التعاقد الى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة مما يترتب عليه أن الادارة ، وهى صاحبة الاختصاص فى تنظيم المرفق وتحديد قواعد سيره ، تملك حق تعديل العقد بما يوائم هذه الضرورة وتحقيق تلك المصلحة . ومن ثم كانت سلطة التعديل مستمدة لا من نصوص العقد فحسب ، بل من طبيعة المرفق واتصال العقد الادارى به ، وضرورة الحرص على انتظام سيره ، ووجوب استدامة تمهيد الادارة له واشرافها عليه بما يحقق الصالح العام . ومن هنا يثبت حق الادارة فى التعديل بغير حاجة الى النص عليه فى العقد أو موافقة الطرف الآخر عليه اعتباراً بأن هذا الحق يركز على سلطة الادارة الضابطة لناحية العقد المتعلقة بالصالح العام . فاذا أشارت نصوص العقد الى هذا التعديل ، فان ذلك لا يكون الا مجرد تنظيم لسلطة التعديل ، وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك ، يضاف الى هذا أن جهة الادارة نفسها لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتملق بالنظام العام .

« ومن حيث انه وإن كانت سلطة التعديل هذه تتناول وتشمل جميع العقود الادارية » .

ثانياً : حكمها الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ١٩٨٣ لسنة ٧ قضائية) حيث تقول : « ان سلطة جهة الادارة فى تعديل العقد أو فى تعديل طريقة تنفيذه ، هى الطابع الرئيس لنظام العقود الادارية ، بل هى أبرز الخصائص التى تميز نظام العقود الادارية عن نظام العقود المدنية . ومقتضى هذه السلطة أن جهة الادارة تملك من جانبها وحدها وبارادتها المنفردة - وعلى خلاف المألوف فى معاملات الأفراد فيما بينهم - حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات التعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد ، فتزيد من أعباء الطرف الآخر - أو تنقصها - كلما اقتضت حاجة المرفق أو المصلحة العامة هذا التعديل ، من غير أن يحتج عليها

بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز
تسديله الا باتفاق الطرفين - وهى من القواعد المقررة فى مجال
القانون الخاص - ذلك لأن طبيعة العقود الادارية وأهدافها وقيامها
على فكرة استمرار المرافق العامة تفترض مقدما حصول تغيير فى
ظروف العقد وملايساته وطرق تنفيذه تبعا لمقتضيات سير المرفق ،
وأن التعاقد يتم فيها على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند إبرام
العقد الى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة مما
يترتب عليه أن جهة الادارة - وهى صاحبة الاختصاص فى تنظيم
المرفق وتحديد قواعد تسييره - تملك حق التعديل بما يوائم هذه
الضرورة ويحقق تلك المصلحة ، وهى فى ممارستها سلطة التعديل
لا تخرج على العقد ولا ترتكب خطأ ولكنها تستعمل حقا ، ومن ثم
كانت سلطة التعديل مستمدة لا من نصوص العقد فحسب ، بل من
طبيعة المرفق واتصال العقد به ووجوب الحرص على انتظام سيره
واستدامة تمهد الادارة له واشرفها عليه بما يحقق المصلحة العامة .
ومن هنا يثبت حق الادارة فى التعديل بغير حاجة الى النص عليه فى
العقد وموافقة الطرف الآخر عليه ، واعتبارا بأن هذا الحق يركز
على سلطة الادارة الضابطة لناحية العقد المتصلة بالصالح العام .
فاذا ما أثارت نصوص العقد الى هذا التعديل ، فإن ذلك لا يكون
الا مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما
يترتب على ذلك دون أن يكون فى ذلك مساس بالحق الأصل المقرر
لجهة الادارة فى التعديل . ولذلك فإنه من المقرر أن جهة الادارة
نفسها لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق
بالنظام العام . وسلطة التعديل هذه وإن كانت تشمل جميع العقود
الادارية ، بما فيها عقود الأشغال ، فإنها تبدو فى أبرز مظاهرها
فيما يتعلق بالعقد المذكور اعتبارا بأن جهة الادارة هى صاحبة
الاختصاص الأول والأصيل فيما يتعلق بهذه الأشغال . . .

كما أن المحكمة الادارية العليا تؤكد هذا الحق ، وتشير اليه فى

أحكامها ، ومنها حكمها الصادر فى ٢ مارس سنة ١٩٦٨ ، وقد سبق أن أوردنا فقرة منه بهذا المعنى .

ولكن هذه الأحكام لم ترد فى لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة ، ولا فى القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ . وقد ورد حكم مجمل فى المادة ٨٠ من اللائحة الجديدة يقرر أن « المقادير والأوزان الواردة بجدول الفئات هى مقادير وأوزان تقريبية قابلة للزيادة والمجز تبعا لطبيعة العملية . والغرض منها هو بيان مقدار العمل بصفة عامة ، والأثمان التى تدفع للمقاول تكون على أساس الكميات التى تنفذ فعلا ، سواء أكانت تلك الكميات أقل أم أكثر من السوارد بالمقاييس أو الرسومات ، وسواء نشأت الزيادة أو المجز عن خطأ فى حساب المقاييس الابتدائية أو عن تغييرات أدخلت فى العمل طبقا لأحكام المقدم ، وبمراعاة الا يؤثر ذلك على أولوية المقاول فى ترتيب عطائه . . . » . والمبدأ العام الوارد فى هذه المادة يقرر مبدأ الزيادة والنقصان فى الكميات المتعاقد على شرائها أو القيام بها . ون ثم فإن المبادئ التى قررها القضاء فيما سبق تحتفظ بقيمتها ، وبمراعاة أن سلطة التعديل تستمد لا من النصوص ، ولكن من طبيعة العقد الإدارى .

٤ - والمسلم به أن سلطة الإدارة فى التعديل تلك ، إنما مناحلها احتياجات المرافق العامة ، فهى ليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية التى تتمتع بها الإدارة ، ولكنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام التى يرجع اليها معظم قواعد القانون الإدارى . وقد أحسن القضاء الإدارى المصرى فى إبراز العلاقة بين تلك السلطة الخطيرة ، وبين مقتضيات سير المرافق العامة ، كما هو واضح من الفقرات التى أوردناها ونوردها فيما بعد . وأرجاع سلطات الإدارة الخطيرة فى التعديل إلى فكرة المرفق العام ، يسمح بتحديد ظروف استعمال تلك السلطة ، وتعيين الشروط التى يجب توافرها لشرعية ذلك الاستعمال . ويمكن على ضوء هذا الأساس تحديد تلك الشروط على النحو التالى :

أولاً - لما كانت سلطة التعديل تستند الى مقتضيات سير المرافق العامة ، والتي أهمها قابلية المرفق العام للتغيير والتعديل ، بقصد أداء الخدمة العامة على أتم وجه ، فيجب أن تكون قد استجدت ظروف بعد إبرام العقد ، تبرر هذا التعديل (Changement de circonstances) بحيث لا تستطيع الإدارة أن تلجأ الى تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة دون تغير الظروف التي تم إبرام العقد في ظلها .

ولكن ما الحل اذا كانت الظروف لم تتغير ، ولكن الإدارة أخطأت في تقدير مقتضيات سير المرافق العامة ، فلم تقدرها التقدير السليم في العقد ، فهل تملك تعديل العقد بما يتفق والمخارج الحقيقية للمرفق العام ؟ لقد ذهب الدكتور ثروت بدوي في رسالته عن « عمل الأمير » الى الاجابة بالنفي ، فهو يرى أن على الإدارة في هذه الحالة أن تتحمل نتيجة الخطأ الذي وقعت فيه ، لأنه كان عليها أن تتخذ احتياطاتها من أول الأمر وتقدر حاجة المرفق تقديراً سليماً^(١) . وهذا الرأي يتجاهل الأساس الذي تقوم عليه سلطة التعديل ، فهي مرتبطة كما ذكرنا بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة ، ومن أولها قاعدة قابلية المرفق العام للتغيير . والمرفق العام يقبل التغيير في كل وقت متى ثبت أن التغيير من شأنه أن يؤدي الى تحسين الخدمة التي يقدمها الى المنتفعين . وفكرة التعديل هي فكرة ملازمة للقاعدة السابقة . وسواء أكانت الإدارة مخطئة في تقديراتها أو غير مخطئة في تقديراتها ، فانه يجب أن نمكنها من تنظيم المرفق بالطريقة التي تحقق الصالح العام على أتم وجه ممكن ، لاننا لسنا بصدد عتاب الإدارة على خطئها ، ولكن بصدد اعمال القواعد الضابطة لسير المرافق العامة . وواضح أن الرأي السابق يؤدي الى اهدار المصلحة العامة ، بقصد اعمال قاعدة استقرار العقود ، وهي فكرة يقصد بها حماية المتعاقدين . ولهذا لم يجد الدكتور ثروت مناصاً مع الاعتراف بأن

(١) ص ١٠١ من رسالته ، وقد جاء فيها :

« Si, dès la formation du contrat, l'Administration n'a pas fait une exacte appréciation des intérêts de la collectivité, elle n'a s'en prendre qu'à elle — même. Elle ne pourrait pas revenir sur sa faute et imposer à son co-contractant la modification du contrat pour mieux répondre aux besoins de la collectivité. Elle n'a qu'à étudier parfaitement et à fond ses projets avant de les soumettre à ses entrepreneurs. »

(م - ٣٠ العقود الادارية)

رأيه السابق ، يخالف الفقه الحديث فى فرنسا ، وقضاء محكمة
القضاء الادارى المصرية^(١) .

ويجب أن يلاحظ فى نهاية الأمر أن المتعاقد انما هو شخص
يسمى الى الريح ، وبالتالي فان مصلحته ليست فى بقاء العقد ، بقدر
ما هى فى المحافظة على المزايا المالية التى تعاقد من أجلها . والمسلم
به كما سنرى تفصيلا فيما بعد ، أن سلطة التعديل رغم خطورتها ،
لا يمكن أن تنال من المزايا التى عول عليها المتعاقد عند قبوله العقد .
ومن ثم فلا داعى للمفالة فى تقييد حرية الادارة فى تعديل شروط
العقود الادارية استنادا الى مصالح مدعاة للمتعاقد معها .

ثانيا - فى الحالات التى يجوز للادارة فيها أن تعدل من شروط
العقد الادارى ، يجب عليها أن تحترم فى اجراء هذا التعديل القواعد
العامة للمشروعية «Le principe de la légalité administrative» فيصدر
التعديل من السلطة المختصة باجرائه ، ووفقا للاجراءات الشكلية
المقررة بحيث يكون للمتعاقد أن يتمسك ببطلاق كل تعديل يتم على
خلاف القواعد المقررة^(٢) .

ثالثا - ان الراجح أن سلطة التعديل لا تتناول جميع شروط
العقد ، وانما تقتصر على تلك المتعلقة بتسيير المرفق العام
«clauses qui intéressent le fonctionnement du service public» ، وتلك نتيجة
أخرى لعلاقة العقد بالمرفق العام . ومن ثم فان الادارة لا تملك
تعديل شروط العقد الأخرى ، والمنبئة الصلة بالمرفق العام^(٣) .

(١) رسالته ص ١٠١ حيث يقول :

«C'est là que nous séparons de la doctrine en France et de la jurisprudence de la
Cour du Contentieux administratif en Egypte qui reconnaissent à l'Administration le
droit de modifier ses contrats à toute époque dès lors qu'elle a en vue la satisfaction
de l'intérêt général».

(٢) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٨ يوليو سنة ١٩٣٠ ، فى
قضية «Cie P. L. M. et autres» مجلة القانون العام ، سنة ١٩٣١ ، ص ١٤١
مع تقرير المفوض «Josses» .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٧ أغسطس سنة ١٨٩١ فى قضية «Morellis»
دالوز سنة ١٨٩٣ ، القسم الثالث ص ١٨ ، وفى ٩ مارس سنة ١٩٥١ فى قضية
«Didonnet» المجموعه ص ١٩٤٩ وفى ١١ يوليو سنة ١٩٤١ فى قضية «Hospital-Hospice de
Charuny» المجموعه ص ١٢٩ .

وقد أكدت محكمة القضاء الإدارى المصرية هذه القاعدة فى حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (وقد «بقت الإشارة إليه ») حيث تقول : « ٠٠ إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة ، بل يرد عليها قيود منها أن تقتصر على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق ومقتضياته ، ومنها أنها لا تطبق بقدر واحد فى جميع العقود ، بل تختلف باختلاف العقود على أساس مدى مساهمة المتعاقد مع الإدارة فى تسيير المرفق ، بمعنى أنه إذا كانت هذه السلطة تبرز فى عقود الالتزام اعتباراً بأن للإدارة الاختصاص الأول والأصيل فى تسييرها ، فإنها تكون فى أضيق الحدود حيث يكون موضوع العقد مساهمة من جانب المتعاقد فى تسيير المرفق العام بطريق غير مباشر كما هو الشأن فى عقود التوريد » ^(١) .

وأياً - فى المجال الذى تملك الإدارة تعديله من شروط العقد ، تنقيد «لمطتها فى التعديل بالأى تتجاوز حداً معيناً *«Les modifications ne doivent pas excéder certaines limites»* ذلك أنه مهما كانت سلطة الإدارة ومقتضيات المصلحة العامة ، فيجب ألا يغرب عن البال أن المتعاقد قبل الالتزام فى عقد بعينه ، يقوم على موضوع مجدّد ، فيجب على الإدارة ألا تفرض عليه تعديلات تجعله أمام عقد جديد ، ما كان يقبله لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة . كما أن المتعاقد إنما يقبل التعاقد على ضوء إمكانياته المالية والفنية . فعلى الإدارة عند إجراء التعديل أن تحرص على عدم قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب *«Le bouleversement du contrat et de son économie générale»* ولقد أشارت المحكمة الإدارية العليا إلى هذا الشرط صراحة فى حكمها الصادر فى ١١ أبريل سنة ١٩٧٠ (من ١٥ ، ص ٢٦٤) حيث تقول : «وكما أن لها (الإدارة) سلطة تعديل العقد ، بحيث لا يصل التعديل إلى الحد الذى يخل بتوازنه المالى » - ومن ثم فقد حرصت المادة ٨٧ من اللائحة المرفقة على أن تحصر التعديل فى

(١) وجاء فى حكمها الصادر فى ٣٠ يونيو سنة ١٩٥٧ أن سلطة التعديل ليست مطلقة من كل قيد وأن « ٠٠٠ جهة الإدارة لا تملك أن تمس بالتعديل الزاها المالية الخفى عليها فى العقد والتى يتمتع بها المتعاقد منها » .

حدود نسب معينة لموس للادارة أن تجاوزها الا بالاتفاق مع الطرف المتعاقد^(١) . وتلك النسب هي : ١٥٪ في عقود التوريد و ٣٠٪ في عقود توريد الأغذية ، و ٢٥٪ في عقود الأعمال . ولا شك أن تلك النسب التي لم ترد في اللائحة الجديدة ، لم تعد تقيد الادارة ، كما أنه ليس هناك ما يمنع الادارة من الاتفاق مع المتعاقد على أى قدر من الزيادة بمقتضى اتفاقات لاحقة . هذا وتحرص محكمة القضاء الادارى على ابراز القيود التي ترد على سلطة الادارة فى التعديل : فهي فى حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ تقول أيضا : « وأخيرا فإن من هذه القيود (التي ترد على سلطة الادارة فى التعديل) ما يتصل بمدى الأعباء الجديدة التى تلقى على عاتق المتعاقد مع الادارة نتيجة لممارستها هذه السلطة ، اذ يجب أن تكون تلك الأعباء فى الحدود الطبيعية المعقولة من حيث نوعها وأهميتها ، لا أن يكون من شأنها فسخ العقد الأصل ، أو تبديل موضوعه أو انشاء محل جديد له غير ما تم عليه الاتفاق أو أن تؤدى هذه الأعباء الى ارهاق المتعاقد فتجاوز امكانياته الفنية أو الاقتصادية والا جاز له أن يمتنع عن تنفيذها ، بل ان له أن يطلب فسخ العقد تأسيسا على أن التمويض الذى تلتزم به جهة الادارة فى مقابل حقها فى التعديل لا يكفى لاصلاح الضرر الذى نشأ عن هذا التعديل ، فله أن يتفادى النتائج الخطيرة المرهقة التى كان يتحملها . وتقدير ذلك كله يدخل فى سلطة القاضى وينضغ لرقابة محكمة القضاء الادارى »^(٢)

(١) وقد ورد هذا القيد صراحة فى الفقرة المضافة الى المادة ٨٧ والتي سبقت الاشارة اليها . فبعد أن سمحت تلك الفقرة يتجاوز النسب المقررة فى الفقرة الأولى اشتراط ضرورة « ... الحصول على موافقة المتعهد أو المتاول عليها » .

(٢) سبقت الاشارة الى هذا الحكم . وقد أكدت المحكمة المبادئ الواردة به ، فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (وقد سبقت الاشارة اليه) حيث تقول :

« ومنها كذلك أنه اذا كان من شأن التعديل زيادة أعباء المتعاقد مع الادارة ، الا أنه لا يصح أن تجاوز الأعباء الجديدة الحدود الطبيعية المعقولة فى نوعها وفى أهميتها أو أن تفوق فى قيمتها أو نتائجها ما اتفق عليه أصلا فى العقد بدرجة كبيرة أو أن يكون من شأنها أن تقلب العقد رأسا على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد أو تغير فى موضوع العقد أو محله أو أن تؤدى الأعباء الجديدة الى =

وتؤكد المحكمة الادارية العليا هذا الحق فى قضائها ، ومن ذلك على سبيل المثال قولها فى حكمها الصادر فى ١١/٤/١٩٧٠ ، مجموعة المبادئ المؤقتة ، ص ٤٣) « ٠٠٠ كما أن لها (الادارة) سلطة تعديل العقد بحيث لا يصل التعديل الى الحد الذى يخل بتوازنه المالى ، والا كان للطرف الآخر فى هذه الحالة التمسك باعتبار العقد مفسوخا ، والمطالبة بالتعويضات ان كان لها وجه » .

خامسا - ويوازن سلطة الادارة فى تعديل بعض شروط العقد ، حقوق المتعاقدين معها :

(أ) فلهذا المتعاقدين الحق فى المطالبة بالتعويضات الكاملة على النحو الذى سوف نعرض له عند دراسة فكرة عمل الأمير ، باعتبار أن سلطة التعديل هى احدى تطبيقاتها .

(ب) وإذا لجأت الادارة الى التعديل باجراءات غير مشروعة فإن للمتعاقد الحق فى طلب الفاء تلك القرارات عن طريق قاضى العقد .

(ج) وأخيرا فإن التعديل اذا جاوز المألوف للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد كما ورد صراحة فى حكم المحكمة الادارية العليا السابق .

الفرع الثانى

حق التعديل فى عقود الامتياز والأشغال العامة والتوريد

رأينا فيما سبق أن سلطة الادارة فى تعديل بعض شروط العقود الادارية تغطى جميع العقود ذات الطابع الادارى . ولما كان أساس تلك السلطة يكمن فى مقتضيات سير المرافق العامة ، فإن سلطة التعديل تترواح قوة وضمنا وفقا لمدى صلة العقد بالمرافق العام .

= ارفاقه وتجاوز امكانياته الفنية أو المالية أو الاقتصادية والا جاز له أن يتمتع من التنفيذ ، بل ان له أن يطلب فسخ العقد تأسيسا على أن التعويض الذى يلتزم به جهة الادارة فى مقابل حقها فى التعديل ، لا يكفى لاصلاح الضرر الناشئ من هذا التعديل فله أن يتفادى النتائج الخطيرة التى لا قبل له بها ، وتقدير ذلك مما يخضع لرقابة محكمة القضاء الادارى » .

ولهذا فإنه من المفيد أن نتناول بعض التطبيقات لتلك السلطة في أهم العقود الإدارية المسماة ، وهي عقود الامتياز والأشغال العامة والتوريد ، التي ورد عليها النص صراحة في جميع القوانين المنظمة لمجلس الدولة المصرى على التفصيل السابق .

١ - § سلطة التعديل في عقد الامتياز

١ - يمتاز عقد الالتزام بأن موضوعه ينصب على إدارة مرفق عام ، فهو بهذه الخصيصة يجعل من الفرد المتماقد بمثابة النائب عن الإدارة في تسيير مرفق عام . ومن هنا لا خلاف بين الفقه والقضاء على ضرورة إخضاع الملتزم لأكبر قدر ممكن من رقابة الإدارة . وهذا ما أبرزه مفوضو الدولة أمام مجلس الدولة الفرنسى منذ تاريخ متقدم . ومن أشهر مذكراتهم فى هذا الصدد ما كتبه المفوض ليون بلوم بمناسبة حكم مجلس الدولة الصادر فى ١١ مارس سنة ١٩١٠ فى قضية «Compagnies génér. française des tramways»^(١) حيث يقول فى عبارات قاطعة :

«L'Etat ne peut pas se désintéresser du service public une fois concédé. Il est concédé sans doute, mais il n'en demeure pas moins un service public La concession ... n'équivaut pas à un abandon, à un délaissement».

«L'Etat reste garant de l'exécution du service vis-à-vis de l'universalité des citoyens ... ».

٢ - ونجد هذه المعانى بذاتها فى قضاء مجلس الدولة المصرى . ولقد سبق أن أشرنا الى حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧^(٢) وهو من أحكام المحكمة المطولة فى هذا الصدد ، والتي رسمت فيه العلاقة بشكل واضح بين الإدارة والملتزم . فبعد أن استعرضت أحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بتنظيم التزام المرافق العامة قالت : « وظاهر من استعراض هذه النصوص أنها فى مجموعها ليست الا ترديدا للمبادئ العامة للقانون الادارى فى شأن

(١) المجموعة ص ٢١٨ .

(٢) وقد نشر ملخصه فى مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ١١ ص ١٦٠ .

التزامات المرافق العامة ، وهى أن الدولة ، وهى المكلفة أصلا بإدارة المرافق العامة ، فأنها اذا عهدت الى غيرها أمر القيام بها ، لم يخرج الملتزم فى ادارته عن أن يكون معاونا لها ، ونائبا عنها فى أمر هو من أخص خصائصها . وهذا النوع من الانابة . . لا يعتبر تنازلا أو تخليا من الدولة عن المرفق العام ، بل تظل ضامنة ومسئولة قبل أفراد الشعب عن ادارته واستغلاله . وهى فى سبيل القيام بهذا الواجب تتدخل فى شئون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامة هذا التدخل ، فتفرض على الملتزم عبئا جديدا يزيد على ما نص عليه الاتفاق المبرم بينها وبينه أو تعدل من شروط الالتزام وإدارة المرفق واستغلاله . وهى فى ذلك كله لا تستند الى عقد الالتزام ، بل الى سلطاتها العامة ، وتحقيقا لغايات هذه السلطة ، متمتعة فى ذلك بامتياز وسيادة ينتفى منها كل طابع تعاقدى ، الأمر الذى يترتب عليه استبعاد تطبيق قواعد القانون الخاص المتعلقة بالالتزامات .

ولذلك فإن عقد الالتزام ينشئ فى أهم شقيه مركزا لائحيا يتضمن تخويل الملتزم حقوقا مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله . وهذا المركز اللائحى الذى ينشئه الالتزام والذى يتصل بالمرفق العام هو الذى يسود العملية بأسرها . أما المركز التعاقدى فيعتبر تابعا له ، وليس من شأنه أن يحول دون صدور نصوص لائحية جديدة تمس الالتزام ، كما أن من حق السلطة مانعة الالتزام أن تقوم بتعديل هذا المركز اللائحى . وأنه ولو أن الشروط تنقرر باتفاق يبرم بين السلطة مانعة الالتزام والملتزم الا أن هذا الاتفاق ليس عقدا ، ولا يترتب عليه التزامات دائنية ومديونية ، بل هو يقرر قاعدة تنشئ مركزا قانونيا أو لائحيا ، فإن حق الدولة فى تعديل هذا المركز بإرادتها المنفردة من الأمور التى تخرج عن نطاق المبدل . وإذا وقع هذا التعديل ، فإنه لا يمس حرمة عقد من العقود أو يخل بمركز تعاقدى ، اذ أنه متى كان الأمر أمر مركز قانونى أو لائحى ، فإن إرادة الدولة المنفردة تكفى وحدها لتعديله . والواقع أن الدولة اذ تقوم بهذا التعديل ، إنما تتدخل - كما سبق البيان -

بصفتها ممثلة للسلطة العامة المنوط بها الهيمنة على رعاية الصالح العام . . . من واجبها ضمان حسن سير المرافق العامة واستقلالها وإدارتها . وكفالة ذلك كله محققة بما لها من حقوق لا تملك السلطة العامة مانعة الالتزام التنازل عنها ، كما أنها وهى تستعمل هذه الحقوق لا يمكن أن تحتاج بأنها تمس الحق الأعلى ، أو تخل بشروط عقدية ، لأن الاجراءات التى تتخذها فى هذا الشأن إنما تتناول نظاما قانونيا خاصا يمرق عام ، فهى تملك تعديل قوائم الأسعار وأركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله حتى لا يختل توازنه المالى ، وخفض أرباح الملتزم الباهظة الى القدر المعقول متى اقتضت المصلحة العامة ذلك ، بل ان لها أن تنهى الالتزام نفسه متى اقتضت المصلحة العامة ذلك أيضا . وقد طبق القضاء المصرى هذه القواعد باعتبارها مستمدة من مبادئ القانون العام حتى قبل العمل بالقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ، لذلك يمكن القول بأن هذا القانون لم يأت فى واقع الأمر بجديد فى هذا الشأن . وهذه الحقيقة واضحة فيما قرره ممثل وزارة العدل عند مناقشة مشروع القانون بمجلس الشيوخ حيث قال : « الواقع أن العلاقة بين الملتزم ومانع الالتزام ليست فى حاجة عند تكييفها الى نصوص » فقد حكم مجلس الدولة فى فرنسا باطراد بأن لمانح الالتزام أن يستعمل كافة الحقوق المقررة بالمشروع المعروض دون حاجة الى نص . . ولا يوجد فى فرنسا مثل هذا التشريع الآن ، لأن مجلس الدولة كما قلت أعفاها منه .

والفرض من وضع هذا التشريع عندنا أن مجلس الدولة (المصرى) ما يزال فى بدء حياته ولم يضع تقاليد للآن ، ويجوز عندما تعرض عليه مسائل من هذا النوع أن يختلف الرأى فيها ، فقد كانت عقود التزام المرافق العامة خاضعة لنصوص القانون المدنى والقانون التجارى . فأصبحت هذه العقود بمقتضى أحكام مجلس الدولة الفرنسى وآراء الفقهاء الفرنسيين من شأن القانون الإدارى ، وقد أجمع الفقه الإدارى على أن عقد الالتزام ليس الا ائابة من مانح الالتزام الى الملتزم لإدارة المرفق لصالح الجمهور ، فيجب ألا يخرج

النائب عن هذه المصلحة اطلاقا ... » على أن حقوق السلطة مانحة الالتزام على الوجه السابق بيانه ، من حيث التدخل فى شئون المرافق العامة وتعديل شروط قواعد ادارتها واستغلالها وتنظيمها وأرباحها وقوائم الأعمار الخاصة بها ، وإن كانت فى غير حاجة الى نصوص تقررها - كما سبق البيان - الا أنه ليس ثمة ما يمنع تضمينها لوائح أو قوانين عامة تسرى على جميع الملتزمين أو قوانين خاصة تتناول طائفة معينة من المرافق العامة . وفى مثل هذه الصور والحالات لا يسوغ القول ان حقوق السلطة مانحة الالتزام تصبح ... لمجرد تقريرها بنصوص تشريعية ، أقل منها حين يكون أمرها متروكا للمبادئ العامة ... »

ويسير القسم الاستشارى للفتوى والتشريع على ذات المسلك . ومن ذلك فتوى قسم الرأى مجتمعا ، رقم ٩٢ فى ١٩٥٦/٢/٤^(١) ، والتي جاء فيها : « من المسلم فقها وقضاء أن مانح الالتزام يملك بإرادته المنفردة تعديل الشروط اللائحية لمقد الالتزام فى أى وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم . وحق تعديل الشروط اللائحية مستمد من طبيعة موضوع العقد وهو المرفق العام ، إذ القاعدة الأساسية أن السلطة العامة هى صاحبة الكلمة العليا فى تنظيم وإدارة المرافق العامة لتعلق ذلك بالصالح العام . فإذا تغيرت الظروف وأصبح نظام المرفق الذى تقرر وقت التعاقد لا يتفق مع الظروف الجديدة ولا يحقق المنفعة العامة التى أنشئ لتحقيقها ، كان للسلطة العامة مانحة الالتزام أن تغير هذا النظام ، وأن تفرض على الملتزم بمحض سلطتها النظام الذى تراه أدنى الى تحقيق المصلحة العامة » وبعد أن أوضحت الفتوى أن سلطة التعديل تشمل « التعريف والشروط المتعلقة بها » استطردت تقول انه إذا ترتب على انقاص التعريف خسارة « فعلى مانح الالتزام أن يعوضه (الملتزم) عن تلك الخسارة ، إذ من المسلم أن للملتزم حقا فى التوازن المالى للمشروع ، وأن السلطة مانحة الالتزام ملزمة برده

(١) مجموعة الأستاذ سمير أبو شاذى ، السابقة ، ص ٥٤ .

هذا التوازن اذا اختلف نتيجة لتدخلها بتخفيض التعريفات
مثلا ...» (١) .

٣- تلك المبادئ التي فصلتها محكمة القضاء الادارى وقسم
الرأى أجمعتها المادة ٥ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ حيث
تقول : « لمانح الالتزام دائما ، متى اقتضت ذلك المنفعة العامة ، أن
يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو
قواعد استغلاله ، وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك مع
مراعاة حق الملتزم في التمويض ان كان له محل » .

كما أن المادة الأولى من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ تنص على
أن « يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية
والمرافق العامة ، وكذلك أى تعديل فى شروط الامتياز يتعلق
بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الاتاة
(العائدات) بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة .
ويكون تعديل ما عدا ذلك من الشروط بقرار من الوزير المختص » .
ولما كان القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ قانونا عاما ، فإن
القاعدة التى وضعتها تسرى على جميع أنواع التزامات المرافق العامة
سواء ما صدر منها قبل القانون المشار اليه ، أو بعده ، لأن هذا
القانون - كما أكد الناطق بلسان الحكومة أمام البرلمان - لم
يستحدث الأحكام الواردة به وإنما استهدف تقنينها ، معاونة من
المشرع لمجلس الدولة المصرى الناشئ » .

ولم يكتف القانون السابق ، بوضع القاعدة العامة من حيث
جواز تعديل شروط عقد الالتزام ، بل اهتم بوجه خاص بكيفية
تعديد أرباح الملتزم باعتبارها أهم ما يعنى المنتفعين بالخدمة التى
يؤديها المرفق الذى يدار عن طريق الالتزام على النحو الذى
أوضحته المادة الثالثة من القانون - وقد سبق لنا أن شرحنا هذا
التنظيم وأسبابه .

(١) راجع أيضا فتوى القسم رقم ٤١٤ بتاريخ ١١/٤/١٩٥٤ ، المجموعة
السابقة ص ٥٥ وفتواه رقم ٧٧ فى ٣/٢/١٩٥٤ ، المجموعة السابقة ، ص ٥٥ .

٤ - وفي مجال عقد الامتياز - كما هو الشأن بالنسبة الى سائر العقود الادارية - لا تستطيع الادارة أن تتناول بالتعديل جميع شروط العقد ، وانما تنصب سلطة التعديل على الشروط المتصلة بسير المرفق العام ، وهي التي يعبر عنها عادة بالشروط اللائحية (Les clauses réglementaires) (١) .

وعلى هذا الأساس لا تستطيع الادارة أن تمس المزايا المالية المقررة للملتزم بمقتضى العقد - غير الرسوم التي يتقاضاها من المنتفعين (٢) - كما لو ضمنت له الادارة حداً أدنى من الربح أو تمهدت له بسلفة مالية أو بضمانة لدى بنك من البنوك .. الخ . كما أن الادارة اذا تمهدت بأن تقصر النشاط على الملتزم (Clause ou privilège d'exclusivité) ، فإن هذا الشرط ملزم ، ويتمين على الادارة احترامه (٣) .

(١) يرى الفقيه دي لوبادير أن التلازم غير مطلق بين فكرة الشرط اللائحي ، والشرط الذي يتصل بالمرفق العام ، لأن فكرة الشروط اللائحية لا توجد الا في عقود الالتزام ، في حين أن سلطة التعديل تتناول جمع العقود الادارية . ومن ثم فانه يستفيض عن فكرة الشروط اللائحية في هذا المقام بفكرة الشروط المتصلة بتسيير المرفق العام . مطوله في العقود ، الجزء الثاني ، ص ٣٥٩ حيث يقول :

«Pratiquement, les clauses modifiables de la concession correspondent en gros aux clauses réglementaires et les clauses immuables aux clauses contractuelles. On considère assez couramment que cette corrélation a une valeur absolue ... Cette conclusion ne nous paraît précisément pas acceptable. La théorie du pouvoir de modification est, à notre avis, la même dans la concession que dans tous les contrats administratifs; sont modifiables les seules clauses qui intéressent le service et son fonctionnement; il se trouve que ces clauses sont en fait les clauses réglementaires; mais cette nature réglementaire fournit seulement au pouvoir de modification un fondement en quelque sorte supplémentaire ... ».

وهذا الانتقاد لا محل له في مجال عقد الامتياز ، ولكنه يصدق بالنسبة الى العقود الادارية الأخرى ، مادام المعيار المسلم به في مجال عقود الامتياز ، أن الشروط اللائحية ، هي الشرط التي تتعلق بكيفية اداء الخدمة للمنتفعين ، أي تتصل بكيفية سير المرفق العام .

(٢) حكم المجلس الصادر في ١١ يناير سنة ١٨٩٥ في قضية «Ch. de fer d'Orléans» مجموعة ص ٣١ .

(٣) حكم المجلس الصادر في ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩١ في قضية «Ville de saint-Etienne» مجموعة سري ، سنة ١٨٩٤ ، القسم الثالث ص ١ مع تعليق هوريز .

وقد أيدت محكمة القضاء الإدارى المصرية هذا القضاء ضمنا فى حكمها الصادر فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ١٤٤ لسنة ١١ قضائية)^(١) ، فى قضية تتلخص ظروفها فى أن مصلحة الآثار قد اتفقت مع متعهد على إقامة كازينو فاخر فى المنطقة المجاورة لمتاحف أبى الهول ، وتمهدت بأن يشمل نشاط هذا الكازينو المنطقة كلها بحيث لا يسمح لغيره بمزاولة نشاط مماثل فى المنطقة . وتنفيذا لهذا الشرط أنهت عقود بعض الأفراد فى المنطقة ، فقضت المحكمة بسلامة موقف الإدارة التى « ... لم تستعمل سوى حقها ... » وهى فى هذا الاجراء انما تتوخى مصلحة عامة ، وذلك أنها رأت إقامة مقصف فاخر ، يشمل نشاطه المنطقة كلها بما فيها قطعة الأرض المرخص للمدعى بإقامة كشك فيها ، وذلك للاعتبارات الواردة فى مذكرة وزارة الارشاد القومى « ... » .

وتعتبر مدة الالتزام أيضا من الشروط التى لا تستطيع الإدارة أن تستقل بتعديلها . ولكن يجب توضيح هذه الفكرة . فالالتزام كما رأينا يجوز أن تكون مدته فى حدود ٣٠ سنة وفقا للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ . فإذا ما تعاقدت الإدارة مع الملتزم على أساس استغلال المرفق لمدة معينة ، فانه ليس للإدارة أن تستقل بتعديل تلك المدة : بمعنى أنها - إذا ما رغبت فى أن يدار المرفق بطريق الامتياز - فليس لها أن تسحب المرفق من الملتزم الأصلي لتمنحه الى ملتزم جديد قبل نهاية المدة المتفق عليها فى العقد ، وذلك بطبيعة الحال ، مادام الملتزم الأصلي يوفى بالتزامه على أتم وجه .

ولكن شرط المدة لا يمكن أن يحول بين الإدارة وبين استرداد المرفق قبل نهاية المدة ، إذا ما رأت أن تغير طريقة الإدارة ، من الالتزام الى الإدارة المباشرة مثلا ، أو المؤسسات العامة (الهيئات العامة) « ... » الخ كما سنرى عند دراسة نهاية العقود الإدارية .

(١) السيد ابراهيم محمد ابراهيم فايد ضد وزارة التربية والتعليم .

أما إذا اتصل الشرط بكيفية تسيير المرفق العام ، فإن الإدارة تتمتع بسلطة التعديل . وبناء على ذلك ، فلو كان الالتزام ينصب على النقل بواسطة الترام أو الأتوبيس مثلا ، فإن السلطة العامة لها أن تتدخل لتجبر الملتزم على مد خطوط جديدة إذا ما زاد العمران ، كما أن لها أن تأمر بزيادة عدد القاطرات أو السيارات المستعملة ، أو تعديل أوقات سيرها ، أو تحسين نوع العربات ... الخ . وللإدارة أيضا - بصريح نص المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ - أن تعدل قوائم الأسعار بالزيادة أو بالنقص . وقد سلمت محكمة القضاء الإداري في أحكامها بشرعية الأمر الصادر من الإدارة إلى ملتزمي النقل بالأتوبيس بزيادة عدد السيارات في حدود نسبة معينة ، بقولها إن الإدارة في طلب الزيادة إنما استعملت حقا مستمدا من طبيعة المرفق العام « ... وعملا بالقواعد الأصولية في العقود الإدارية وأهدافها ، وقيامها على فكرة استمرار المرفق العام ، فتفترض مقدما حدوث أى تعديل يتعلق بسير المرفق وحاجته » . فإذا صح ما تذهب إليه الشركة من أن هذه الزيادة سترتب عليها زيادة الأعباء المالية الملقاة على عاتقها ، فإن حقها مكفول بالرجوع على المجلس البلدى بالتعويض عن الأضرار التي تلحق مركزها التعاقدى على أساس إعادة التوازن المالى للمقد « ... » (حكمها الصادر فى ٢٤ مارس سنة ١٩٥٧)^(١) .

(١) القضية رقم ٣٥٧ لسنة ١١ قضائية ، السيد فوزى مقار ، ضد كل من وزير الشئون البلدية والقروية ، ورئيس المجلس البلدى لمدينة القاهرة . وبه نفس المعنى ، وفى قضية أخرى بين ذات الشركة والإدارة أكدت المحكمة المبادئ الواردة فى الحكم الأول ، وذلك فى حكمها الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٧ ، حيث تقول المحكمة بعد أن أكدت المعنى الأول : « ... والواقع أن اتصال العقد الإدارى بالمرفق العام ، وضرورة الحرص على انتظام سير هذا المرفق ، ووجوب استدامة تمهيد الإدارة وإشرافها عليه بما يحقق مقتضيات الصالح العام ، يجعل العقد الإدارى الذى يتصل بالمرفق العام ، ينفرد بخصائص معينة منها أن التزامات المتعاقد مع الإدارة لا تقتصر على ما هو وارد صراحة فى قائمة الاشتراطات فقط ، وإنما يمثل أيضا القيام بكافة الأعمال التى يتبين ضرورتها لضمان حسن سير المرفق العام ولو لم يكن منصوبا عليها فى العقد . ومن حيث أن ذلك الذى استقر عليه القضاء فى كافة العقود الإدارية قد أخذ به المشرع فى عقود المرافق العامة التى تمنحها السلطات الإدارية بموجب الالتزام « ... » وذكر الحكم نص المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ .

٥ - وفي مجال عقود الامتياز أيضا - كما هو الشأن بالنسبة الى سائر العقود الادارية - يجب أن تقف سلطة الادارة في التعديل عند الحدود المعقولة والتي أشرنا اليها فيما سلف . فالادارة لا تستطيع أن تستهدف بالتعديلات الا صالح المرفق الذي يدار عن طريق الامتياز ، ولكنها اذا استهدفت مضايقة الملتزم حتى ينزل عن الالتزام لكي تتولى السلطة العامة ادارته بنفسها أو لتحل محل الملتزم الأول ملتزما جديدا بشروط أكثر نفعا للادارة ، فان تصرفها يفدو مشوبا بعيب الانحراف^(١) .

واذا كان في وسع الادارة أن تفرض على الملتزم أعباء جديدة ، فيجب أن يكون في وسع الملتزم تحملها .

فاذا كان الظاهر يؤكد بوضوح أن الأعباء الجديدة من الضخامة بحيث تعتبر كأنها التزام جديد ، فان للملتزم أن يتحرر منها عن طريق القضاء^(٢) .

ولقد أثر أمام مجلس الدولة الفرنسي ، البحث عن مدى حق الادارة في فرض التحسينات الجديدة على الملتزم ، باجبارة على متابعة التقدم العلمي في كيفية أداء الخدمة (La modernisation du service) وكان ذلك على وجه الخصوص في مجال احلال الاضاءة بالكهرباء ، محل الاضاءة بالفاز ، أو الاسماضة بالأتوبيس عن الترام . وذلك أنه وفقا للقواعد العامة في التعديل لا يمكن اجبار ملتزم الاضاءة بالفاز على استعمال الكهرباء ، كما أنه لا يمكن من ناحية أخرى تعطيل الصالح العام ، احتراماً لقواعد المقد . ولهذا فقد استطاع مجلس الدولة الفرنسي أن يخرج من هذا المأزق عن طريق حل وسط

(١) حكم المجلس الصادر في ١٨ يوليو سنة ١٩٣٠ في قضية «Cie P.L.M.» (سبق) .

(٢) حكم المجلس في ٣ أبريل سنة ١٩٢٥ في قضية «Ville de Mascara» (سبق) .

بمقتضاه لا تستطيع الادارة أن تفرض بإرادتها المنفردة على شركات الغاز استعمال الكهرباء فى الاضاءة ، ولكنه حرر الادارة من الالتزام الواقع على عاتقها بمقتضى العقد ، والذي يقضى بأن تضمن الادارة لشركات الاضاءة عدم المنافسة (privilège d'exclusivité de l'éclairage) بمعنى أن للشركات القديمة أن تزاوّل نشاطها • ولكن للادارة بعد انذار تلك الشركات باستعمال وسيلة الاضاءة الجديدة وهى الكهرباء - أن تتماقد مع ملتزمين جدد ، يكون فى وسعهم مجازاة التقدم العلمى الجديد^(١) •

٦ - ونشير أخيرا الى حقوق الادارة فى رقابة الملتزم ، وفى الاشراف على تنفيذه لعقد الالتزام • وسلطتها فيما يتعلق بتمديد شروط العقد ، ليست حقوقا مجردة ، ولكنها فى الواقع حقوق تحمل طابع الواجب ، بمعنى أنه يتعين على الادارة فى بعض الأحيان أن تتدخل ، وأن تستعمل تلك السلطات ، وذلك اذا أخل الملتزم بالشروط المنصوص عليها فى عقد الالتزام • فحينئذ يكون للمتضمن الحق فى مطالبة الادارة بالتدخل لاجبار الملتزم على احترام شروط العقد • وللمتضمن اجبار الادارة على التدخل اذا تخاذلت أو تفاضت عن استعمال سلطاتها • وهذا ما وضع مجلس الدولة الفرنسى أساسه فى حكمه المشهور فى قضية (Synd, Croix-de-Seguey) الصادر فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٦^(١) فللافراد ، عن طريق دعوى الالغاء ، الحصول على حكم بالغاء امتناع الادارة عن التدخل • وهو ما صدر به الحكم السابق • ولهم أيضا الحصول على حكم بالتمويض اذا ما ترتب على امتناع الادارة ضرر للأفراد^(٢) •

(١) بدأ هذا القضاء بحكم المجلس الصادر فى ١٠ يناير سنة ١٩٠٢ فى قضية «Derville-Les-Ronens» مجموعة سبرى سنة ١٩٠٢ ، القسم الثالث ، ص ١٧ مع تعليق هوريو •

(٢) منشور فى مجموعة سبرى سنة ١٩٠٧ ، القسم الثالث ، ص ٣٢ مع تقرير المفوض (Romieu) وتعليق هوريو •

(٣) حكم المجلس فى ٢ يونية سنة ١٩٢٣ فى قضية (Protectorat de l'Annam) دالوز سنة ١٩٢٤ القسم الثالث ص ٦٩ مع تعليق أبليتون ، وحكمه فى ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٧ فى قضية (Caire) المجموعة ص ٨٩٩ •

ولكن لكي يعمل القضاء رقابته السابقة ، يجب أن يثبت للمجلس أن عدم تدخل الإدارة مرجعه الى الإهمال أو التخاذل (une négligence, ou inertie) أما اذا كانت الإدارة تترخص في حدود الصالح العام ، فإنه لا ضير عليها في هذه الحالة^(١) .

ولا شك في أن المبادئ السابقة تطبق في مصر ، وإن كنا لم نجد قضاء بهذا الخصوص حتى الآن .

٢ - § سلطة التعديل في عقود الأشغال العامة

وهذا هو العقد الثاني - بعد عقود الامتياز - الذي تتمتع فيه الإدارة بسلطات واسعة ، فيما يتعلق بكل من الرقابة والتعديل . وفي هذا العقد - كما هو الحال في عقد الامتياز - تتولى دفاتر الشروط ، ونصوص العقد ، تفصيل سلطة الإدارة في كل من المجالين ، ولكن المسلم به أن تلك الشروط والنصوص كاشفة ومنظمة لا منشئة . وهنا أيضا يبرر محل العقد سلطات الإدارة الخطيرة ، لصلة الأعمال محل العقد بالمرفق العام . ولقد سبق أن عرفنا هذا العقد ، وعلمنا أنه يقوم على أساس اعداد مادی لمقار بقصد تحقيق مصلحة عامة . فالمتعاقد بهذه المثابة يتدخل مباشرة في شئون المرفق ، وبالتالي يجب أن يخضع لرقابة شديدة من جانب الإدارة . وهذا ما أبرزته محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٣٠ يونيو سنة ١٩٥٧ (وقد سبقت الإشارة إليه أكثر من مرة) حيث تقول : « وسلطة التعديل ، وإن كانت تشمل جميع العقود الإدارية ، بما فيها عقود الأشغال ، فإنها تبدو في أبرز مظاهرها فيما يتعلق بالعقد المذكور

(١) حكم المجلس الصادر في ٢ فبراير سنة ١٩٠٥ في قضية (Storeh) مجلة القانون العام ، سنة ١٩٠٥ ص ٣٤٦ مع تعليق الفقيه جيز ، ويتعلق بتفاسي الإدارة عن استعمال الشركة لوسيلة مينة غير تلك المنصوص عليها في العقد بقصد اتمام بعض الأشغال العامة .

اعتبارا بأن جهة الادارة هي صاحبة الاختصاص الأول والأصيل فيما يتعلق بهذه الأشغال . . . »

ويتم تدخل الادارة فى هذا المجال بمقتضى أوامر مصلحية «ordres de service» ولقد كانت هذه الأوامر المصلحية مجالا خصبا لقضاء مجلس الدولة الفرنسى مما يستدعى دراستها بشئ من العناية ، على أن نعرض بعد ذلك لصور تدخل الادارة بالرقابة والتعديل فى مجال عقود الأشغال العامة .

اولا - النظام القانونى للأوامر المصلحية

١ - والأمر المصلحي ، هو قرار ادارى . ويترتب على ذلك تصدرها الادارة الى مقال الأشغال العامة بقصد تحديد أوضاع تنفيذ المقعد ، أو تكملة الناقص منها ، أو التعديل فيها . وتصدر تلك الأوامر عادة من بعض الأعضاء الفنيين فى الادارة ، لا سيما المهندسين المنوط بهم الاشراف على تنفيذ الأشغال العامة .

٢ - والأوامر المصلحي ، هو قرار ادارى . ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

(أ) أن هذا الأمر ملزم للمقاوول الذى يصدر اليه . وهذا الأمر تنفيذى يتعين على المقاوول احترامه ، وتنفيذ ما جاء به . فاذا كان له عليه اعتراض ، فيجب أن يسلك السبيل المشروع لتحقيقه ، اما بالتظلم الادارى أو بسلوك السبيل القضائى . فاذا لم يفعل ، عرض نفسه للمسئولية وتوقيع الغرامات التى سنعرض لها فيما بعد^(١) .

(ب) التزام المقاوول بالتنفيذ ، يقابله حقه فى المطالبة بالتعويضات كما سنرى .

(١) حكم المجلس الصادر فى ٥ أغسطس سنة ١٩٢٧ فى قضية (Min. de la Guerre) المجمومة من ٩٦٦ ، وفى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٣٥ فى قضية (Pasquelin) المجمومة من ٩٥٢ .

(ج) هذا الأمر المصلحي ، لا يجب مسئولية المقاتل عن التنفيذ •

٣ - والقاعدة العامة في الأمر المصلحي ، أن يصدر في صورة كتابية (La forme écrite) ^(١) ويترتب على ذلك أن المقاتل لا يلتزم بتنفيذ الأوامر الشفهية التي تصدر إليه • ومن ناحية أخرى فإنه لا يستطيع أن يستند في طلب التمويض الا الى الأوامر الكتابية •

ولكن المسلم به - من ناحية أخرى - أن العقود الادارية تستطيع النص على التحرر من هذه الشكلية باجازة الأمر الشفهى صراحة ^(٢) •

كما أن مجلس الدولة الفرنسى قد احترم الأمر الشفهى اذا اعترفت به الادارة ^(٣) ، أو اذا كان المرف الادارى يجرى على تقليد الأوامر الشفهية ^(٤) ، أو اذا ثبت أن تنفيذ الأمر الشفهى قد أصبح ضروريا بخطا الادارة ^(٥) •

ولكن اذا كان من الواجب أن يصدر الأمر المصلحي في صورة كتابية ، فإنه ليس ثمة صورة كتابية يعينها يلزم اتباعها ، فيكفى مجرد خطاب أو مذكرة، بشرط أن تكشف عن نية الادارة القاطعة ^(٦) • والقاعدة المطبقة في فرنسا هى بمعناها الواجبة الاحترام في مصر ، فدساتر الشروط الرئيسية ، تنص صراحة على الشكل الكتابى

(١) مطول دى لوبادير في العقود الجزء الثانى ، ص ٣٦٩ •

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٣٥ فى قضية (Commune de

Firmy) المجموعة ص ٩٤٠ ، وفى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٦ فى قضية (Crolle) المجموعة ص ٩٨٧ •

(٣) حكمه الصادر فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٧٢ فى قضية (Vidal) المجموعة ص ٧٤٥ •

(٤) حكمه الصادر فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٩ فى قضية (Marquin) المجموعة ص ٤٦٩ •

(٥) حكم المجلس الصادر فى أول يوليو سنة ١٩٣٦ فى قضية (Sté. des Etablissements-Quillery) المجموعة ص ٧١٨ وفى ٨ نوفمبر سنة ١٩٤٠ فى قضية (Commune de Maussene) المجموعة ص ٢٠٥ •

(٦) حكم المجلس الصادر فى ٢٩ يوليو سنة ١٩٤٣ ، فى قضية (Villemaine) المجموعة ص ٢١٩ •

للأوامر المصلحية^(١) - كما ورد النص عليه صراحة في لائحة المناقصات والمزايدات الملغاة في المادة ٨٢ وفي المادة ٨٨ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة والتي تقرر : « اذا أخل المتاول بأى شرط من شروط المقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحدى التزاماته المقررة ، ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اخطائه بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بالقيام باجراء هذا الاصلاح ٠٠ » وفي مصر أيضا لا يتطلب فى الأمر ائكتابى شكل خاص^(٢) .

٤ - واذا أصدرت الادارة أمرا مصلحيا الى المتاول فان له أن يقبل هذا الأمر صراحة ، ويكون ذلك اما بتوقيعه على الأمر بالعلم وبدون تحفظ . وقد يستشف هذا القبول من تنفيذ الأمر . ولكن للمتاول أن يرفض الموافقة على الأمر . وحينئذ يتعين عليه أن يتظلم بالطريق المشروع ، وذلك خلال المدد التى يحددها المقد أو دفتر الشروط وهى عادة مدد قصيرة ، يترتب على مرورها سقوط حق المتاول فى التظلم (délais brefs de forclusion) ويتشدد مجلس الدو الفرنسى فى احترام هذه المدد فيعتبرها أمره (de caractère absolument impératif) ويتحمل المتماقد نتائج تفويتها^(٣) .

ولكن للادارة بطبيعة الحال أن تنزل عن التمسك بمضى المدة ، بشرط أن تكشف عن موقفها صراحة : (renonciation explicite) (٤) .

(١) راجع رسالة الدكتور فؤاد المطار باللغة الفرنسية وموضوعها : (Le marché de Travaux public) ، طبعة سنة ١٩٥٥ ، ص ١٧٩ وما بعدها حيث درس الموضوع ، وانتهى الى الرأى السابق .

(٢) رسالة الدكتور فؤاد المطار ، المرجع السابق ، ص ١٨١ .

(٣) حكم المجلس فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٢ فى قضية (Depart. de l'Aisne) المجموعة ص ١١٤٠ ، وفى ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٢ فى قضية (Ducea) المجموعة ص ٩٠٢ .

(٤) حكمه فى أول فبراير سنة ١٨٩٥ ، فى قضية (Peyroche) المجموعة ص ١٠٩ .

على أن مجلس الدولة الفرنسى يُلطف من حدة قضائه السابق ،
عن طريق التزام القواعد الآتية بخصوص تلك المدة :

(أ) لا تسرى مدد السقوط السابقة الا اذا نص عليها صراحة
فى العقد أو فى دقاتر الشروط • أما اذا خلا العقد من تحديد مدة
معينة للسقوط ، فلا يمكن أن يسقط حق الما قول فى الاعتراض^(١) •

(ب) اذا تضمن العقد - أو دقاتر الشروط - مددا معينة
للسقوط ، فان تلك المدد لا تطبق الا بالنسبة الى الأوامر المصلحية
بمعناها الفنية الذى حددناه ، ولا تمتد الى طلبات المتعاقدين الأخرى
التي قد يستمدها من العقد • ويجب - من ناحية أخرى - أن يكون
الأمر الصادر من الادارة المتعاقدة أمرا مصلحيا بمعنى الكلمة ،
بحيث لا يجوز للادارة أن تستتر وراء نظام الأوامر المصلحية -
الخاصة بالرقابة فى تنفيذ العقد أو بتعديل بعض شروطه - لاتخاذ
موقف تمسفى مع الما قول بحرمانه من بعض طلباته المشروعة
الأخرى ، كرفضها دفع باقى الثمن ، واستنادها الى أن الما قول لم
يمترض على قرارها فى هذا الصدد خلال المدد المحددة للاعتراض
على الأوامر المصلحية^(٢) •

(ج) يستثنى قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى بعض الحالات ،
بعض الأعمال الإضافية التي يطلب من الما قول القيام بها من مدد
السقوط السابقة ، اذا كانت مستقلة عن العقد^(٣) •

(١) حكم المجلس الصادر فى ٨ مارس سنة ١٩٤٦ فى قضية (Ville d'Annieres) المجموعة ص ٧٦ •

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٣ فى قضية (Min. Guerre) المجموعة ص ٣٦٠ •

(٣) حكمه الصادر فى ١٢ يوليو سنة ١٩٥٠ فى قضية (Vitrez) المجموعة ص ٤٣٣ ، حيث يقول :

«Cons. que les travaux d'étanchéité effectués dans certaines parties du Palais de Chaillot en vertu d'un ordre de service ... ne peuvent être regardé comme sés rattachant à l'exécution du marché ... que, portant sur un ouvrage distinct de celui qui a fait l'objet du marché, ils ne présentant pas par rapport à celui-ci le caractère de travaux supplémentaires, seuls visés par l'article 10, et constituant des travaux hors marchés».

ومن ثم فقد قبل المجلس الطلبات المقدمة بخصوصها رغم مرور مدد السقوط •

٥ - وإذا نص عقد الأشغال العامة على حق الإدارة في زيادة كميات الأعمال بنسب معينة « دون أن يكون للمتعهد أو المقاول الحق في المطالبة بأى تعويض عن ذلك » ، فليس معنى هذا حرمانه من الحصول على قيمة ما يقوم به من تلك الأعمال ، والا كان معنى ذلك إثراء جهة الإدارة المتعاقدة على حساب المقاول دون سبب ، وكل ما يؤدى إليه هذا النص هو إلزام المقاول بأداء تلك الأعمال بنفس الأسعار التى تم الاتفاق عليها أصلا فى العقد وعدم حقه عن المطالبة بأى تعويض إضافى عن هذه الزيادة ، وكل ذلك مشروط بأن توفى الإدارة من جانبها بالالتزامات التى يفرضها العقد عليها . فإذا ما أخلت بالتزاماتها فى هذا الشأن ، كان لمقاول على حق فى طلب الحاسبة عن تلك الأعمال على أساس ما تحمله فعلا ، فضلا عن المطالبة بتعويض الأضرار التى تكبدها بسبب خطأ الإدارة . وفى الموضوع كان العقد ينص على أن تورد الإدارة للمتعاقدين كميات الحديد اللازمة للأشغال العامة بالسعر المتفق عليه . ولكن عند فرض الكميات الزائدة من الأشغال ، لم تورد الإدارة للمقاول كميات الحديد اللازمة مما اضطره لشراؤها بسعر السوق ، ف قضى له الحكم بالتعويض على أساس فرق السعر ، مع الأرباح القانونية . (حكم المحكمة الإدارية العليا فى ١٩٧٨/٣/٢٥ ، مجموعة المبادئ ، ص ١٩٣٤)

ثانيا - صور الرقابة والتعديل ومداها

١ - يخضع مقاول الأشغال العامة لرقابة الإدارة وتوجيهاتها منذ أول لحظة لتنفيذ العقد ، حتى نهايته : فالإدارة هى التى تأمر بالبدء فى تنفيذ الأعمال - وتبدأ المدة المحددة لتنفيذ عقود الأعمال من التاريخ الذى يسلم فيه الموقع للمقاول - ويتولى رجال الإدارة الفنيون تحديد خطوات سير العمل ، ومواعيد التسليم وفقا للمتفق عليه وما تستحدثه الإدارة من تعديلات أثناء التنفيذ ، وللإدارة أن تأمر بهدم ما تم من أعمال على خلاف المقرر ، وإعادةه من جديد على حساب المقاول . ولها بطبيعة الحال - ووفقا لمقتضيات الصالح العام - أن تأمر بوقف العمل مؤقتا . ولكن

إذا تجاوز الوقف الحدود المعقولة ، فإن للمقاول الحق في طلب
فسخ العقد مع الحصول على التعويضات اللازمة •

وفي جميع الأحوال يلتزم المقاول بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد
بحيث تكون صالحة تماما للتسليم المؤقت في المواعيد المحددة (المادة
٨١ من اللائحة الجديدة) •

٢ - وتمتد رقابة الادارة الى العمال والمهندسين الذين
يستعملهم المقاول ، فكثيرا ما يتضمن العقد أو دفاتر الشروط
نصوصا بهذا الخصوص • وقد أشارت محكمة القضاء الادارى المصرية
في أحكامها الى تلك الرقابة ، فهي في حكمها الصادر في ٨ نوفمبر
سنة ١٩٥٥ تقرر أن من حق الادارة أن تضع الشروط التي تراها
ملائمة لظروف العمل محل التعاقد في حدود القانون والمصلحة
العامة ، ومنها أن تشترط على المتعاقد أن يكون المهندس المعين من
قبله حاصلا على بكالوريوس الهندسة • •••• فإذا لم يتم المقاول
بتعيين مهندس تتوافر فيه هذه الشروط ، كان للمصلحة الا توافق
على تعيينه ، وكان على المقاول أن يستبدل به غيره ممن تتوافر فيه
هذه الشروط • وليس للمهندس المستبدل حق الاعتراض ، ما دام
أن المصلحة قد اسهمت من ذلك صالح العمل • ••••^(١) كما أكدت
في حكمها الصادر في ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٧ شرعية اشتراط الادارة
على المقاول تعيين مهندس مقيد بنقابة المهندسين يتفرع للمصلحة
التعاقد عليها ، ويقيم بمقر التفتيش أو ينقط العمل المختلفة التي
يعينها التفتيش ، وذلك لضمان حسن سير العمل ، وكمال تنفيذه
بحالة فنية ، ولتمكين التفتيش من التفاهم على الأعمال الفنية
وتنفيذها مع ذى خبرة مؤهل يسهل التفاهم معه ، ويكون مسئولا

(١) حكمها الصادر في ٨ نوفمبر سنة ١٩٥٥ في القضية رقم ٣٤٥٣ السنة ٧
قضائية ، مجموعة أحكام المحكمة ، السنة العاشرة ، ص ٢١ • وقد جاء في الحكم
أيضا أنه لا يقبل من المهندس طلب القضاء الشرط السابق من جميع المقصود
الحكومية ، لأن هذا الطلب يقتضى أن تكلف المحكمة جهة الادارة بالقيام بأمر معين
• وهو ما لا تملكه هذه المحكمة على ما استقر عليه قضاؤها •

ومفوضا من الما قول للقيام بالنيابة عنه فى اجراء وتنفيذ تفصيلات العمل طبقا لأحكام العقد ولا مضام كافة المستندات « (١) » .

وتؤكد المحكمة الادارية العليا ذات المعنى فى حكمها الصادر فى ٨ نوفمبر سنة ١٩٦٩ (س ١٥ ، ص ٣) حيث تعلن أن شرط تعيين مهندس تتوافر فيه شروط صلاحية معينة ، مقصود به تحقيق مصلحة المرفق العام ، فلا يجوز تعيين مساعد مهندس أو مندوب فنى « اذ فضلا عن مخالفة ذلك لنصوص العقد ، فانه ينطوى على اخلال بمصلحة المرفق التى نيط ضمانها بوجود مهندس بصلاحية معينة » .

وأخيرا ، فان الما قول ملزم وفقا للمادة ٧٧ من اللائحة الجديدة - التى تقابل المادة ٨٨ من اللائحة الملقاة - بابعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الفش أو يخالف أحكام الشروط المتفق عليها .

٣ - وعلى الما قول أن يحترم لوائح البوليس ، وأن يحافظ على النظام ، وعلى سلامة المواطنين والعمال ، وقد أشار المشرع الى هذا الالتزام فى الفقرة الثانية من المادة ٧٧ السابقة والتى تنص على أن « يلتزم الما قول أيضا باتخاذ كل ما يكفل منع الاصابات أو حوادث الوفاة للعمال أو أى شخص آخر أو الاضرار بممتلكات الحكومة أو الأفراد » . وتعتبر مسؤوليته فى هذه الحالات مباشرة دون تدخل لجهة الادارة . وفى حالة اخلاله بتلك الالتزامات يكون لجهة الادارة الحق فى تنفيذها على نفقته » .

وللادارة أن تتدخل فى كل وقت لتحقيق الأغراض المنصوص عليها فى هذه المادة ، لا بصفتها متعاقدة فحسب ، بل بصفتها « لمطة بوليس أيضا » . ولكنها اذا تدخلت بصفتها « لمطة بوليس » ، فان تدخلها يخضع لنظام قانونى آخر ، وفقا للقواعد العامة .

(١) القضية رقم ٧٢ لسنة ١٠ قضائية ، وزارة الأشغال ضد السيدين عوض عبد السلام محمد عوض وأحمد محمد الحنفى .

٤ - ولكن من المسلم به أن للإدارة ألا تقتصر على حق رقابة المفاوض وتوجيهه في تنفيذ عقد الأشغال العامة ، بل لها أن تتدخل لتعديل من شروط العقد ، سواء أكان منصوحا على هذا الحق صراحة في العقد أم لا^(١) ، وإن كان الغالب أن تتضمن عقود الأشغال العامة شروطا تسلم بحق الإدارة في تعديل شروط العقد بالزيادة أو بالنقص ، وتحدد مدى هذا التعديل . ولقد رأينا فيما سبق أن لائحة المناقصات والمزايدات الملفة قد جعلت من هذا الحق شرطا عاما في جميع عقود الأشغال العامة ، وحددت نسبة التعديل في المادة ٨٧ منها . ويخضع حق التعديل في هذا المجال للقيود العامة المسلم بها ، فهو لا يتناول إلا الشروط التي تتعلق بالمرفق ، وبالتالي لا يمكن أن يمتد إلى باقي الشروط . ومن ثم فإن المسلم به أن التعديل في عقد الأشغال العامة لا يمكن أن يتناول الثمن بحال من الأحوال .

وتظهر سلطة التعديل كلما زاد اتصال الشرط بالمرفق العام ، والعكس . ولهذا قررت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (وقد سبقت الإشارة إليه) د ٠٠٠ أن القاعدة في عقود الأشغال العامة أن المفاوض يكون حرا في اختيار مصادر وموارد المواد المستعملة في العملية مادام العقد لم ينص على شيء من ذلك . أما إذا فرض العقد على المفاوض محاجر معينة يأخذ منها هذه المواد ، فإنه يجب عليه أخذ المواد من المحاجر المبينة في العقد ، وليس له أن يشكو من نتائج هذا الاختيار ، مادام لم يقع خطأ من جهة الإدارة . ومع ذلك فإن له أن يطلب موافقة جهة الإدارة عن استبدال هذه المحاجر بغيرها ، إلا أن الإدارة تتمتع في هذا الصدد بسلطة تقديرية تخرج عن رقابة القضاء . فإذا حصل المفاوض على موافقة جهة الإدارة فليس له أن يطلب تعويضا بزعم أن المواد

(١) وما له دلالة في هذا الصدد ، أن جيز - الذي تنكر لحق الإدارة في التعديل سنة ١٩٤٥ ، إذا لم يرد به نص صريح في القوانين واللوائح أو شروط العقد - عاد فسلم بهذا الحق في عقدين من العقود الإدارية ، وهما عقدا الامتياز والأشغال العامة ، لصليتهما الوثيقة بالمرفق العام - مجلة القانون العام سنة ١٩٤٥ ص ٢٥٧ .

أفضل ، أو أن يطلب مقابل التكاليف الزائدة فى النقل • أما اذا غير
المقاول المعاجر بمحض رغبته ، فانه يتحمل مخاطر هذا التغيير
وخصوصا فى حالة رفض المواد •

ومن ناحية ثانية ، يتمين على الادارة حين تأمر بالزيادة أو النقص
أن تحترم طبيعة العقد الأصلى ، بحيث لا يحول التعديل العقد الأصلى
الى عقد آخر •

٥ - ولكن مجلس الدولة الفرنسى قد وضع فى هذا المجال بعض
الضوابط التى يهتدى به فى تحديد حق الادارة فى تعديل شروط
عقود الأشغال العامة ، لاسيما ما يتعلق بالفكرتين التاليتين :

أولا : فكرة قلب اقتصاديات العقد ، وتغيير جوهره :

«Les notions de bouleversement du contrat et d'attente à la substance ou essence du contrat».

مهما كانت سلطة الادارة فى تغيير شروط عقد الأشغال العامة ،
فانه يجب ألا يفرب عن بال الادارة أنها بصدد التعاقد مع مقاول ،
قدر ظروفه جيدا قبل أن يقبل مختارا على التعاقد ، ومن ثم فان
الادارة ملزمة حين تلجأ الى حقها فى التعديل ، ألا تذهب الى الحد الذى
يؤدى الى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب «Changement ou
bouleversement de l'économie générale du projet» - وهو التوجيه الذى
يستعمله مجلس الدولة الفرنسى كثيرا^(١) - أو أن تغير من طبيعة
العقد أو جوهره «substance ou essence» كما روعى عند التعاقد
لأول مرة^(٢) •

وتستعمل محكمة القضاء الادارى المصرية اصطلاحات مشابهة •

(١) حكمه الصادر فى ٥ يونية سنة ١٩١٨ فى قضية (Daux) المجموعة ص ٥٣٦ ، وفى ٢٣ يونية ١٩٢٠ فى قضية (Brianon) المجموعة ص ٦٢٦ •
(٢) حكمه الصادر فى أول يوليو سنة ١٩١٤ فى قضية (Monin) المجموعة ص ٨٠١ وفى ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٥ فى قضية (Delfini) المجموعة ص ٢١٩ وفى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ فى قضية (Belliard) المجموعة ص ٩٦٧ •

ومن ذلك قولها على سبيل المثال فى حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ ، بخصوص الأعباء الجديدة التى تفرضها الإدارة على المتعاقد عن طريق التعديل : « ٠٠٠ يجب أن تكون تلك الأعباء فى الحدود الطبيعية المعقولة من حيث نوعها وأهميتها لا أن يكون من شأنها فسخ العقد الأصلى أو تبديل موضوعه أو انشاء محل جديد له غير ما تم الاتفاق عليه ، أو أن تؤدى الأعباء الى ارهاق المتعاقد فتجاوز امكانياته الفنية أو الاقتصادية ٠٠٠ » (سبقت الإشارة الى هذا الحكم) .

ثانيا : فكرة الأعمال الجديدة : «La notion d'ouvrage nouveau»

وهذه الفكرة يستهدى بها مجلس الدولة الفرنسى أيضا فى تحديد «ملحة الإدارة فيما يتعلق بتعديل شروط عقد الأشغال العامة» . والأعمال الجديدة التى لا يسمح مجلس الدولة الفرنسى بفرضها على متعاقد الأشغال العامة ، هى تلك التى يعتبر موضوعها غريبا عن العقد الأصلى ، بحيث لا تربطها به صلة اطلاقا ، أو التى يحتاج تنفيذها الى أوضاع جديدة تختلف كلية عن تلك التى نص عليها فى العقد^(١) .

ومن ذلك أن تعهد الإدارة الى مقاول الأشغال العامة ، بأعمال مختلفة عن الأعمال موضوع العقد ، وتقع على بعد ثلاثة كيلو مترات من موقع الأعمال الأصلية^(٢) ، أو أن تأمر المتعاقد على القيام بأعمال

(١) يعرفها الأستاذ دى لوبادير بقوله . وهو التمرير الذى اعتمدنا عليه :

«L'ouvrage 'nouveau' est celui qui est étranger par son objet au travail prévu dans le contrat, sans rapport avec celui-ci ou encore qui, quoique prévu en lui-même en contrat, serait exécuté dans des conditions entièrement nouvelles et différentes de celles prévues».

وراجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٨ فبراير سنة ١٨٨٩ فى قضية (Vituret) (Corre) المجموعة ص ١٨٦ . وفى ١٢ يوليو سنة ١٩٥٠ فى قضية (Vituret) المجموعة ص ٤٢٣ .

(٢) حكمه الصادر فى ١٤ أبريل سنة ١٩٤٨ فى قضية (Ministre des armées) المجموعة ص ١٥٩ .

الصيانة بانشاء أعمال جديدة مبتدأة^(١) ، أو أن تكلف متعهد شق القنوات بأعمال التجفيف «des travaux d'étanchéité»^(٢) . أو أن تصلب من المتعاقد التزام طريقة جديدة فى التنفيذ غير الأولى بحيث تقلب له جميع التقديرات الأصلية تماما^(٣) . أو أن تغير مكان الأعمال الأصلية ، اذا كان من شأن ذلك ادخال تعديلات أصلية على شروط العقد^(٤) . . الخ .

وواضح من الأمثلة السابقة أن الأعمال الجديدة (L'ouvrage nouveau) تختلف فى طبيعتها عن الأعمال غير المتوقعة (L'ouvrage imprévu) والأعمال الإضافية (Les travaux supplémentaires) التى يسمح مجلس الدولة الفرنسى للإدارة بأن تكلف المتعاقد بتنفيذها عن طريق حقها فى التعديل .

والأعمال غير المتوقعة ، هى أعمال لم تظهر فى العقد ، ولكنها ليست غريبة عنه . ومن هذا القبيل طلب إعادة ترميم قناة ، تهدمت بسبب انهيار أحد الجسور أثناء انشاء احدى السكك الحديدية^(٥) ، أو نقل الأتربة اللازمة للعمل بسبب رطوبة الأرض^(٦) ، أو انشاء قنوات جانبية لتصريف المياه بمناسبة انشاء أرصفة جديدة للمترو^(٧) ، أو

-
- (١) حكمه الصادر فى ٨ مارس سنة ١٩٤٦ فى قضية (Ville d'Asnières) المجموعة ص ٧٦ .
 - (٢) حكمه الصادر فى ١٢ يوليو سنة ١٩٥٠ قضية (Vitruet) المجموعة ص ٤٣٣ .
 - (٣) حكمه فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٨٨٦ فى قضية (Jauffert) المجموعة ص ٨٧٣ .
 - (٤) حكمه فى ٣٠ يونية سنة ١٩٠٥ فى قضية (Baruel) المجموعة ص ٦٠٢ .
 - (٥) حكم المجلس الصادر فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٠ فى قضية (Départ. Seine inférieure)
 - (٦) حكم المجلس الصادر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٢ فى قضية (Dep. de l'Aisne) المجموعة ص ١١٤٠ .
 - (٧) حكم المجلس الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٨ فى قضية (Entr. coop. française) المجموعة ص ٩٣١ .

الاستماعة عن القنطرة ذات الفتحة الواحدة بأخرى ذات خمس فتحات^(١) . . . الخ .

أما الأعمال الإضافية ، فهي أيضا أعمال لم تظهر في العقد ، ولكن قائمة الأسعار توقعتها وحددت أسعارها . ومثال ذلك طلب سد السد المتفق عليه في العقد مسافة إضافية لأن النهر غير مجرى على غير المتوقع^(٢) . ومنها أيضا الأعمال التي تعتبر تكملة طبيعية للعقد ، فيجوز للإدارة أن تطالب المتعاقد بانجازها ولو بعد انتهاء الأعمال الأصلية .

وفائدة التفرقة بين الأعمال غير المتوقعة والأعمال الإضافية ، ترجع الى كيفية تحديد الثمن في الحالتين : ففي الحالة الأولى يقدر الثمن استقلالا عن الثمن المتفق عليه في العقد . أما في الحالة الثانية فإن الثمن يقدر على أساس السعر الوارد في العقد ، مع ملاحظة أن الحالتين كثيرا ما تتداخلان في العمل ، كما أن قضاء مجلس الدولة الفرنسى - كما لاحظ الفقهاء - لا يجرى على التمييز بين الحالتين بدقة ، بل انه لا يلتزمه في بعض الحالات^(٣) .

٦ - ويترتب على مجاوزة الإدارة لحدود سلطتها في الرقابة والتعديل ، حق المتعاقد في طلب التعويض أو الفسخ ، كما سنرى تفصيلا فيما بعد .

(١) حكم المجلس الصادر في ٢٠ يوليو سنة ١٨٧٧ في قضية (Barnay) المجموعة ص ٧٢٧ .

(٢) راجع أحكام المجلس الصادرة في ٣٠ يناير سنة ١٩٣٥ في قضية (Etabl. Brisseant) المجموعة ص ١٣٢ ، وفي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ في قضية (Etabl. Decours) المجموعة ص ١٠٣٠ وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٦ في قضية (Ville de Nimes)

(٣) حكم المجلس الصادر في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ في قضية (Et. Decours) المجموعة ص ١٠٣٠ وفي ٨ مارس سنة ١٩٤٦ في قضية (Ville d'Asnières) المجموعة ص ٧٦ .

٣ - سلطة التعديل في عقود التوريد

١ - تقوم عقود التوريد على أساس تسليم منقولات للإدارة ، ولما كانت سلطة التعديل تستند أساسا الى صلة المقدم بالمرفق العام ، وكانت صلة التوريد بالمرفق ليست بدرجة وضوح صلة المقدمين الآخرين به فقد كان الشائع حتى عهد قريب أن سلطة التعديل في نطاق عقود التوريد إنما تمارس في أضيق حدود .

ولكن الفقه الحديث يميز في نطاق عقود التوريد الادارية بين نوعين منها : عقود التوريد العادية (Les marchés ordinaires de fournitures) وعقود التوريد الصناعية (Les marchés industriels ou de fabrication) ويميز بين سلطة الادارة في الحالتين :

٢ - أما في نطاق عقود التوريد العادية : فإن رقابة الادارة تتجلى بشكل واضح فيما يتعلق بفحص البضائع تمهيدا لتسليمها نهائيا «reception» وقد تولى بيان ذلك ، الفصل الثالث من اللائحة الجديدة في المواد من ٨٨ الى ٩٢ .

أما فيما يتعلق بالاشراف والتوجيه أو التعديل قبل التسليم ، فإن الأصل أن يرجع بخصوصه الى شروط العقد ، ودفاتر الشروط . فإذا التزم المقدم الصمت فإن الأصل أن يترك للمورد حرية التوريد على مسؤوليته^(١) .

ولكن نظرا لضعف صلة عقود التوريد العادية بالمرفق العام ، فإن بعض الفقهاء ينازعون في حق الادارة في تعديل كمية البضائع المتفق على توريدها بالنقص أو بالزيادة . وأحكام مجلس الدولة

(١) وعلى هذا الأساس يقول الفقيه جيز في مؤلفه في العقود ، الجزء الأول

ص : ٤٣١ :

«Le silence du contrat signifie que le fournisseur a l'initiative et le choix des moyens».

الفرنسي في هذا المجال قليلة ، ولكنه أعلن صراحة عن حق الادارة في تعديل شروط عقد التوريد بالنقص أو بالزيادة^(١) .

ولهذا وقف الفقيه دى لويادير موقفا وسطا في هذا الصدد ، فسلم بحق الادارة في تعديل شروط عقود التوريد . ولكنه يرى أن سلطة الادارة في هذا الصدد هي سلطة مقيدة ، متوطة بقيام ظروف ملحة تستدعى هذا التمديل ، كالفناء المرفق أو اعادة تنظييمه بشكل يجعل ظروفه الجديدة لا تتفق مع شروط عقد التوريد^(٢) .

٣- أما في عقود التوريد الصناعية : فإن الوضع مختلف ، لأن الادارة لا تتفق على مجرد التوريد ولكن على نوع الصناعة أيضا ، لا سيما اذا انصب موضوع التعاقد على أشياء ذات أهمية خاصة تتعلق بالجهود الحربية مثلا ، فحينئذ لا تقتصر رقابة الادارة على مجرد التسليم ، ولكن يكون لها متابعة المتعاقد أثناء تنفيذ العقد على النحو الذى رأيناه عند دراسة الرقابة في عقود الأشغال العامة .

ولكن معظم هذا المجال ، قد نظمته دفاتر الشروط الخاصة في فرنسا .

٤- وفي مصر كان هذا الموضوع قد حسم تشريعا في ظل المادة ٨٧ من اللائحة المرفعة والتي تحتفظ للوزارة أو المصلحة أو السلاح بالحق في تعديل العقد بالزيادة أو النقص في حدود ١٥٪ في عقود التوريد و ٣٠٪ في عقود توريد الأغذية . وهذا النص كان استمرارا لما كان مقررًا في لائحة المخازن والمشتريات . وقد أكدت محكمة القضاء الإداري المصرية أن نصوص لائحة المخازن والمشتريات ليست الا تسريدا للمبدأ العام الذى يسمح للادارة بتمديد شروط العقود الإدارية . وكان ذلك في حكمها الصادر في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (وقد سبقنا الإشارة إليه) حيث تقول : « ومن حيث

(١) حكمه الصادر في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠٢ في قضية (Olmer)

(٢) مطوله في العقود الجزء الثانى ص ٤٠٦ .

أن سلطة الادارة فى تعديل عقود التوريد من حيث الزيادة أو النقص فى الكميات المتفق على توريدها قد تضمنتها لائحة المخازن والمشتريات المصدق عليها من مجلس الوزراء فى ٦ يونية سنة ١٩٤٨ ، اذا نص البند السادس من المادة ١٣٧ من هذه اللائحة على ما يأتى (المادة) ويبين من مراجعة التشريعات التى صدرت فى شأن العقود الادارية أن هذا النص لا يزال قائما (واستعرضت المحكمة تلك النصوص السابقة على لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة) ثم قالت ٠٠ ومن حيث انه يبين من ذلك أن هناك قاعدة تنظيمية مقررة بالنسبة للحد الأقصى للكميات التى تكون محلا للتوريد وهى ألا يجاوز تعديل العقد بشأنها نسبة مئوية معينة زيادة أو نقصا ، وأن أقصى هذه النسبة فيما يتعلق بعقود توريد الأغذية ٢٠٪ (وذلك قبل رفع هذه النسبة الى ٣٠٪ فى لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة) وبذلك وضمت القاعدة معيارا ماديا للحد الطبيعى المعقول الذى يستطيع المتعاقد مع الادارة تحمل أعبائه ويلتزم بتنفيذه ٠٠ » .

وكانت ظروفه القضية التى صدر فيها الحكم السابق ، أن الوزارة تعاقدت مع ثلاثة أفراد على توريد كمية من الدقيق ، فتغلف أحدهم عن تنفيذ عقده ، فأصدرت الادارة أمرا الى المتعاقدين الآخرين بتوريد الكمية التى نكل عن توريدها المتعاقد الثالث ، مما رفع نصيب الطاعن من ٥٠٠ جوال الى ١٥٠٠ جوال ٠ فلما طعن فى هذا الأمر قالت المحكمة « ٠٠ وهذه زيادة فاحشة جدا وتتجاوز النسبة المئوية المقررة فى لائحة المخازن والمشتريات ، كما تجاوز الحدود الطبيعية المعقولة لمقدار الأعباء التى يصح أن يتحملها المدعى عليه ، وتخرج عن نطاق ما كان يتوقمه عند تعاقدته مع الوزارة » ثم استطلعت المحكمة قائلة : « ٠٠ ان عجز أحد المتعاقدين مع الوزارة عن الوفاء بالتزامه بتوريد الكمية المتفق عليها معه ، لا يبيح للوزارة أن تنقل بارادتها المنفردة عيب هذا الالتزام نفسه أو جزء منه الى آخر ، بل

يتمتع عليها أن تطبق نصوص العقد على المتعاقد المتخلف ، فتصادر التأمين المدفوع منه ، وتنفذ العملية على حسابه وترجع عليه بالتعويض . ومن ثم فإن المدعى عليه كان محقا في الامتناع عن توريد هذه الكمية بنفس شروط عقده ، اعتبارا بأن طلب الوزارة بشأنها إنما هو عرض جديد من جانبها عن كمية أخرى غير الكمية المتعاقد عليها ، وكان على الوزارة إما أن تقبل شروطه الجديدة عن توريد هذه الكمية ، وإما أن ترفضها على اعتبار أن الكمية المذكورة هي موضوع تعاقد جديد مستقل عن التعاقد الأصلي القائم بينهما ، ولم يكن من حق الوزارة أن تجبره على التنفيذ أو أن توقع عليه الجزاء الخاص بالتعاقد المتخلف عن التنفيذ ، وهو مصادرة التأمين وتنفيذ العملية على حسابه ، وتحت مسؤوليته » .

ولما كانت لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة لم تتضمن الأحكام التفصيلية السابقة ، فإن هذا الأمر أصبح متروكا للقواعد العامة على النحو الذي ذكرناه فيما سبق .

ثم إنه ليس من الضروري أن يقتصر التعديل في عقد التوريد على الكمية ، فقد ينصرف إلى المواصفات مما كشف عنه حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١١ مايو سنة ١٩٦٨ (ص ١٣ ص ٨٩٧) حيث نص العقد على توريد دجاج وأرانب حية ، ولكن الإدارة طالبت بتوريدها مذبوحة ، ومنزوعة الأحشاء . فقالت المحكمة إن هذا الذي طلبته الإدارة في حقيقته « تعديل لشروط العقد تملكه الإدارة المتماقذة على أن تموض المتعاقد معها عما لحقه من ضرر نتيجة هذا التعديل » .

٥ - وتحديد حق الإدارة في التعديل بنسبة معينة في عقود التوريد مما كان مقررًا في اللائحة الملغاة ، كان من شأنه أن يسهل من الرقابة . أما حقوق المتعاقد في حالة مخالفة الإدارة لهذا الحد ، فقد أوضحها حكم محكمة القضاء الإداري المشار إليه في الفقرة

السابقة ، والتي ما تزال تحتفظ بقيمتها فى الوضع الحالى ، ولكه السلطة التقديرية للقضاء الادارى قد زادت .

المبحث الثالث

حق الادارة فى توقيع جزاءات على المتعاقدين

١ - اذا اخل المتعاقد مع الادارة بالتزاماته التعاقدية - بأن أهمل أو قصر فى التنفيذ ، أو لم يحترم المدد المحددة للتنفيذ ، أو تنازل عن المقدد - الخ - فان للادارة أن توقع عليه جزاءات ، وهنا أيضا تختلف الجزاءات فى نطاق عقود الادارة من نظيرتها فى العقود المدنية ، لاختلاف الهدف فى كل من النظامين . وبمقارنة النوعين نجد أن ثمة جزاءات فى المجال الادارى لا نظير لها فى القانون المدنى والعكس . هذا من ناحية . ومن ناحية أخرى فان الجزاءات المتشابهة فى القانونين تخضع لنظام قانونى مختلف ، كما «سرى تفصيلا فيما يمد» .

٢ - والجزاءات التى تملك الادارة توقيعها متنوعة ، ولكن يمكن مع ذلك ردها الى الأنواع التالية :

أولا - الجزاء المالى : «Les sanctions pécuniaires» ، وهذه الجزاءات - كما يدل عليه اسمها - عبارة عن مبالغ من المال توقع على المتعاقد اذا اخل بالتزاماته .

ثانيا - وسائل الضغط والاكراه : «Les sanctions coercitives» وتستهدف هذه الوسائل اجبار المتعاقد المقصر أو المتخاذل على الوفاء بالتزاماته .

ثالثا - الفسخ : «La résiliation du contrat (ou déchéance)» وذلك بانتهاء الرابطة التعاقدية .

رابعا - العقوبات الجنائية : «Les sanctions pénales» وذلك فى حالات نادرة .

(م ٣٢ العقود الادارية)

٣ - ولقد أجمعت محكمة القضاء الإدارى تلك المبادئ فى حكمها الصادر فى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧^(١) حيث تقول : « ان كل اخلال من جانب المتعاقد مع الادارة لا يقتصر على أن يكون اخلافا بالتزام تعاقدى فحسب ، وانما فيه أيضا مساس بالمرقء العام الذى يتصل بالمقد • واتصال المقد الإدارى بالمرقء العام ، وضرورة الحرص على حسن سير هذا المرقء بانتظام واحترام ... يوجب أن تكون الجزاءات سلطة توقيع الغرامة عند التأخير فى التنفيذ ، ثم سلطة معنى العقوبة ، ولا تتفق مع أحكام القانون المدنى • ومن هذه الجزاءات سلطة توقيع الغرامة عند التأخير فى التنفيذ ، ثم سلطة التنفيذ المباشر بأن تحل الإدارة بنفسها محل المتعاقدين منها فى تنفيذ الالتزام أو أن تعهد بتنفيذه الى شخص آخر • ويتم هذا الاجراء على حساب وتحت مسئولية المتعاقدين مع الإدارة ، فيتحمل نتائجة المالية • وثالث هذه الجزاءات حق الإدارة فى الفسخ أى إلغاء المقد بدون الالتجاء الى القضاء ، وذلك فى حالة تقصير المتعاقدين مع الإدارة تقصيرا جسيما ••• ومن حيث ان هذه الجزاءات هى ضمانات جرى العرف الإدارى على ذكرها فى العقود الإدارية ، وان كانت لا تستقيم مع قواعد القانون المدنى ، اذ أن جميع الجزاءات التى يقررها القانون المدنى من فسخ أو تنفيذ عينى مع التمييز فى الحالتين ان كان له مقتضى ، لا تكفى للحيلولة دون عبث المتعاقدين مع جهة الإدارة ، واخلاقه بالصالح العام ، بل لابد لصيانة الصالح العام والأمن العام من وجود جزاءات رادعة يجرى توقيهما على المتهمد المتخلف أو المقصر دون اتباع أى قواعد أو اجراءات ضيقة أو بطيئة كقواعد القانون المدنى ، لأن قواعد هذا القانون لا تستقيم مع السرعة والليونة التى يستلزمها حسن سير المرافق العامة • وهذه هى العلة فى انطواء مثل هذه الجزاءات فى الواقع على معنى العقوبة ، بل هى فى الواقع عقوبة يجرى توقيهما على المتهمد المتخلف بمجرد قيام سببها ، وبصرف النظر عن القواعد التى يقررها القانون الخاص • » .

(١) القضية رقم ١٨٦ لسنة ١ قضية ، السيد صلاح الدين جلال ضد وزارة
الحربية والبحرية .

ولقد أيدت المحكمة الإدارية العليا هذا القضاء ، فهي عند الحديث عن عقوبة من العقوبات التي توقعها الإدارة على المتعاقد معها تحرص على ربطها بالمبدأ العام ، وترجمها الى أساسها المتعلق بتسيير المرفق العام . فهي تقول مثلاً في حكمها الصادر في ١٧ مارس سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٤٥٩) « ٠٠٠ ان الشراء على حساب المتعاقد المقصر ، وسيلة من وسائل الضغط التي تستخدمها الإدارة لارغام المتعاقد معها على تنفيذ العقد ، وهي جزاء من الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد معها ، والتي جرى العرف الإداري على اشتراطها في العقود الإدارية . والملاحظ في هذه الجزاءات أنها لا تتقيد في أحكامها بقواعد القانون المدني حتى تتلاءم مع السرعة والمرونة التي يقتضيها حسن سير المرافق العامة » .

وهي تردد ذات المبدأ في حكمها الصادر في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦١ (السنة ٧ ص ١٠٢) حينما تصف التنفيذ على حساب المتعاقد بأنه « ٠٠٠ تطبيق لقاعدة تنفيذ الالتزام عيناً ، تقوم به الإدارة بنفسها عند اخلال المتعاقد معها بتمهده ضماناً لحسن سير المرافق العامة واطراد سيرها ، ومنما من تعطّلها بما قد يمرض المصلحة العامة للضرر اذا توقفت هذه المرافق » .

وفي حكمها الصادر في ٢١ مارس سنة ١٩٧٠ (س ١٥ ، ص ٢٢٢) تقول : « من المبادئ المسلمة في فقه القانون الإداري أن غرامات التأخير في العقود الإدارية مقررّة ضماناً لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، ولذا فإن الغرامات التي ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الإدارة من تلقاء نفسها دون أن تلتزم بإثبات حصول الضرر ٠٠٠ » .

٤ - وبصرف النظر عن النظام القانوني الخاص بكل نوع من هذه الجزاءات على حدة ، فإن الجزاءات الإدارية جميعها تخضع لبعض الخصائص المشتركة ، ومن ثم فالتنا نعرض لهذه الخصائص ، ثم ندرس بالتفصيل النظام القانوني الخاص بكل نوع من الجزاءات على حدة .

المطلب الأول

الخصائص المشتركة للجزاءات الادارية

١ - § حق الادارة فى توقيع الجزاء بنفسها

١ - ففى هذا المجال تتمتع الادارة بحرية التصرف «Le privilège de préalable» التى لا مقابل لها فى القانون الخاص . ومن ثم فانها تستطيع أن توقع الجزاء بنفسها ، دون حاجة الى اللجوء الى القضاء مقدما ، وذلك تحت رقابة القضاء بطبيعة الحال .

وهذا الحق ينفى - كقاعدة عامة - جميع أنواع الجزاءات التى توقع على المتعاقدين المخل بالتزاماته التعاقدية والتى أشرنا اليها فيما سلف . وهو ما سلمت به محكمة القضاء الادارى المصرية فى حكمها الصادر فى ١٧ مارس سنة ١٩٥٧ حيث تقول : « ... ومن حيث انه وان كان للادارة سلطة توقيع جزاءات على المتعاقدين اذا ما قصر فى تنفيذ التزاماته ، فانه يتمتع بالافصاح عن رغبة جهة الادارة فى استعمال سلطتها هذه ولا بد من صدور قرار ادارى »^(١) . كما أكدته المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٢١ مارس سنة ١٩٧٠ والمشار اليه فيما سبق .

٢ - ولكن استثناء من هذه القاعدة العامة ، فان مجلس الدولة الفرنسى يستثنى عقوبة واحدة من العقوبات ، وهى عقوبة اسقاط الالتزام «La déchéance du concessionnaire» فيجمل توقيعها للقضاء، كما سنرى تفصيلا فيما بعد عند دراسة نهاية العقود الادارية .

وأحكام القضاء الادارى المصرى فى هذا المجال قليلة ، ومنها حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٣ مارس سنة ١٩٥٧ حيث تقول : « ... ولها (الادارة) أن توقع عليه (الملتزم) الجزاءات ... واذا كان سحب الالتزام - بعد أخذ رأى مجلس النقل الاستشارى

(١) القضية رقم ١٢٢٨ ، لسنة ١٠ قضائية وزارة الصحة ضد السيد عبد الحليم محمد عطاء مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ١١ ، ص ٢٧١ .

وموافقة مجلس الوزراء طبقا لما تقضى به المادة الثامنة من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٥٠ فى شأن النقل العام للمركاب - يعتبر جزاء شديدا لما يترتب عليه من نتائج خطيرة ، فان التجاؤ الادارة اليه لا يكون الا فى احوال المخالفات الجسيمة أو عندما يتكرر الأهمال الفاحش من جانب الملتزم أو يعجز عن تسيير المرفق وأداء الخدمات المطلوبة « (١) » .

كما أن المحكمة الادارية العليا قد أقرت حق الادارة فى سحب التزام بإدارة سوق فى حالة ارتكاب الملتزم خطأ جسيما ، فهى تقول : « ومن حيث ان الادارة عندما قامت بسحب الالتزام من المدعى ، ومصادرة التأمين النهائى بالتطبيق لأحكام المادتين ٢٩ و ٣٠ من شروط الالتزام ، انما كان ذلك بسبب اخلاء المدعى بشروط العقد .. وهو جزاء من قبيل الجزاءات التى تملك جهة الادارة توقيعها على المتعاقدين معها عند اخلائه بالتزاماته » (حكما الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ ، ص ١٧ ، ص ٥٧٦) .

ثم ان فتاوى قسم الرأى مستقرة على أن للادارة الحق فى أن توقع عقوبة الاسقاط بنفسها دون حاجة الى الالتجاؤ الى القضاء . ومن ذلك على « بيل المثال فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى رقم ٥٩ فى فبراير سنة ١٩٥٨ (مجموعة الأستاذ أبو شادى ، ص ٦٤) حيث تقول : « ان اسقاط الامتياز ما هو الا جزاء توقعه السلطة مانعة الالتزام نتيجة لأخطاء جسيمة اقترفتها فى ادارته للمرفق بحيث يصبح من المتعذر الاطمئنان الى استمراره فى ادارة المرفق وتسييره . وفى هذه الحالة لا تقوم السلطة مانعة الالتزام بتمويض الملتزم نتيجة اسقاط التزامه » (٢) » .

(١) مجموعة أحكام محكمة القضاء الادارى ، السنة ١١ ص ٢٣٩ .

(٢) واستطردت الفتوى تقول : « ... والاسقاط من هذه الوجهة يختلف من الاسترداد ، اذ من حق السلطة مانعة الالتزام أن تسترد المرفق فى أى وقت تشاء من قبل انتهاء مدة الامتياز .. » .

وراجع أيضا فتوى القسم مجتمعا رقم ٢٨٠ فى ٢٨/٥/١٩٥٢ ، المجموعة السابقة ، ص ٦٧ وفتاوى رقم ٣١ فى ٢٨/١/١٩٥٢ ، المجموعة ذاتها ، ص ٧٠ .

٣ - وإذا قررت الادارة توقيع الجزاء بنفسها ، فانها تترخص في اختيار وقت توقيعه ، وذلك اذا لم يحدد المقدم ميعادا لذلك . ولا يستطيع المتعاقد - كما تقول المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في ٢٧ مايو سنة ١٩٦٧ (س ١٢ ، ص ١١٠) - المحاجة بأن « الادارة تراخت في توقيع الجزاء ، وأن تراخيها أساء اليه ، إذ لا يسوغ للمخطئ أن يستفيد من تقصيره »

٤ - على أنه اذا كان للادارة أن توقع الجزاء بنفسها ، فانها تفعل ذلك على مسئوليتها تحت رقابة القضاء^(١) . وبالتالي فان لها أن تسلك الطريق الأحوط ، فتطلب من قاضي العقد أن يحكم بتوقيع الجزاء الذي يراه مناسبا حتى تأمن جانبا المسؤولية . على أن مجلس الدولة الفرنسي يمتنع عن الحكم بجزاءات بناء على طلب جهة الادارة المتعاقدة في حالة ما اذا كان المقدم يحتفظ لجهة ادارية أخرى بحق توقيع الجزاءات عن المخالفات التي يرتكبها المتعاقد . وبناء على هذا الأساس رفض أن يجيب المجلس البلدى الى طلبه بفسخ عقد الامتياز ، لأن المقدم المطلوب فسخه يحتفظ بهذا الحق للمحافظ (préfet)^(٢) .

٢ - § تمتع الادارة بحق توقيع الجزاء ولو لم ينص عليه في العقد

١ - ينص المقدم عادة على مختلف الجزاءات التي يجوز للادارة أن توقعها على المتعاقد المقصر . ولكن المسلم به في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن سلطة توقيع الجزاءات هي سلطة مستقلة عن نصوص المقدم ، توجد حتى ولو لم ينص عليها في المقدم . واذا نص

(١) وبهذا المعنى ترد المحكمة الادارية العليا على من يتقنون من سلطة الادارة في هذا الصدد بقولها : « والقول أنه (هذا الحق) يطلق يد الادارة في توقيع الغرامة التي تقدرها بلا قيد من حيث مقدارها ، هذا القول مردود بأن استعمال الادارة حقها المخول لها من حيث فرض الغرامة على المخالف خاضع لرقابة القضاء الاداري للتحقق من أنه غير مشوب بالتسلف » .

(حكمها في ١٣ مايو سنة ١٩٦١ . السنة ٦ ص ١٠١٢) .

(٢) حكمه الصادر في ٢٤ يوليو سنة ١٩٥٢ في قضية (Douponque) المجموعة ص ٥٤١ .

العقد على بمضئها فان ذلك لا يعنى تقيد حرية الادارة فيما عدا ما نص عليه ، بل تستطيع الادارة تحت رقابة القضاء أن توقع على المتعاقدين جميع أنواع الجزاءات المقررة . وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسى من تاريخ متقدم فى حكمه الرئيسى الصادر فى ١٣ مايو سنة ١٩٠٧ فى قضية (Deplanque) (١) .

وهو ما أخذت به محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ١٩٩٨ لسنة ١٠ قضائية بخصوص جزاء وقعته الادارة على المتعاقدين المقصر رغم عدم النص على ذلك فى العقد حيث تقول « ... ومن ثم فليس بالذى يمتد به ما يقول به المدعى فى مذكرته من أن شروط الزائدة لم ينص فيها على حق الوزارة فى مصادرة التأمين، لأنه مادام الغرض من التأمين هو ضمان التنفيذ ... فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للوزارة حق مصادرة هذا التأمين فى حالة عدم التنفيذ سواء نص أو لم ينص فى الشروط على هذا الحق ، والا لما كان هناك محل أصلا لاشتراط دفع تأمين مع المعطاة ... » (٢) .

٢ - وهذه القاعدة تتضمن الأحكام الآتية :

(أ) أن خلو العقد من الجزاءات لا يجرى الادارة من الحق فى أن تستبدل به غيره (١) .

(ب) أن النص على بعض الجزاءات لا يحول دون توقيع باقيها .

(ج) أن وضع جزاءات لبعض المخالفات لا يقيد الادارة فى توقيع جزاءات عن المخالفات الأخرى .

(د) ولكن اذا توقع العقد خطأ معيناً ووضع له جزاء بعينه ، فيجب

(١) المجموعة ص ٥١٤ . ومنشور أيضاً فى مجموعة سبرى سنة ١٩٠٧ القسم الثالث ص ١١٣ مع تقرير روميو ، وتعليق هوريو .
(٢) السيد نيقولا فاسيلويولو ضد وزارة المالية والاقتصاد .

أن تتقيد الإدارة بهذا الجزاء ، بحيث لا يجوز لها - كقاعدة عامة - أن تستبدل به غيره^(١) .

ولكن الملاحظ أن القضاء لم يعمل الحكم الأخير على إطلاقه الا بالنسبة للجزاءات المالية كما سنرى . أما فيما عداها من الجزاءات ، فإن مجلس الدولة الفرنسي يستهدى بالقاعدة السابقة كتوجيه عام ، بدليل أنه في بعض الأحكام قد خرج على الجزاء المتفق عليه بالنسبة الى مخالفات معينة : أما بالتخفيف اذا قدر أن العقوبة المتفق عليها مفالى فيها . ومثال ذلك اكتفاؤه بوضع المرفق تحت الحراسة بدل عقوبة توقيع الفسخ المنصوص عليها فى العقد^(٢) . واما بالتشديد اذا قدر أن جسامة المخالفة لا تتفق مع العقوبة المنصوص عليها فى العقد ، كالاستمادة عن العقوبة المنصوص عليها بالفسخ^(٣) .

ولقد أتيح للمحكمة الادارية العليا أن تبلور كثيرا من هذه المبادئ فى أحكامها ، ومنها على سبيل المثال حكمها الصادر فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٦٥ (س ١١ ، ص ٥٢) حيث تقرر أنه يجوز الجمع بين مصادرة التأمين والفسخ والتمويض ، وتؤصل ذلك بقولها : « وغنى عن البيان أن الجمع بين مصادرة التأمين والتمويض رهين بألا يحظر العقد الادارى صراحة هذا الجمع ، وأن يكون الضرر لا يزال موجودا بعد مصادرة التأمين ، بمعنى أن يكون قدر الضرر أكبر من مبلغ هذا التأمين » . (وبذات المعنى حكمها الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٦٦ س ١٢ ص ٢٦٠) .

(١) تقرير المفوض روميو فى حكم (Depianque) المفار اليه فى الهامش السابق وقد جاء فيه :

«On ne saurait substituer une sanction autre que celle dont les parties sont convenues dans leur marché» .
وراجع حكم المجلس الصادر فى ٤ أبريل سنة ١٩١٤ فى قضية (Départ. de la Vendée) المجموعة ص ٤٨٩ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٨ يوليو سنة ١٩٢٥ فى قضية (Guillet Finelly) المجموعة ص ٦٦١ وفى ٣٠ مارس سنة ١٩٢٨ فى قضية (Ville de Leubene) المجموعة ص ٤٨١ .

(٣) حكمه فى ٢ يوليو سنة ١٩٢٤ فى قضية (Giron) المجموعة ص ٦٢٨ .

وفي حكمها الصادر في ٨ أبريل سنة ١٩٦٧ (س ١٢ ، ص ٨٨٢) تضع القاعدة العامة بقولها : « ومن حيث أنه من الأمور المسلمة في فقه القانون الإداري أنه إذا ما أدخل المتعاقد مع جهة الإدارة بالتزاماته التعاقدية فلها أن توقع عليه جزاءات متنوعة منها الجزاءات المالية ومنها بعض أساليب الضغط ... » ووفقا لهذا التنظيم يحق لجهة الإدارة أن توقع أحد الجزاءين أو كليهما وفقا لظروف الحالة ، كما يجوز لها أن تجمع بينهما » .

وفي ذات الحكم قررت المحكمة - كما ذكرنا - أنه لما كان العقد الإداري عقدا ، وليس عملا شرطيا فإنه « إذا ما توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأ معينا ووضعا له جزاء ، فيجب أن تنقيد جهة الإدارة بما جاء في العقد ، ولا يجوز لها كقاعدة عامة أن تخالفه أو تطبق في شأنه نصوص لائحة المناقصات » .

وفي حكمها المحدث الصادر في ٨ مارس سنة ١٩٨٦ (الطعن رقم ٢٩٨ لسنة ٢٧ قضائية) تلخص المبادئ المقررة في هذا الصدد حيث تقول :

- للادارة سلطة تحديد مبدأ حساب غرامة التأخير عند تأخر المقاول في تسليم العمل في الموعد المحدد ، وتحديد الأعمال التي تحسب على أساسها غرامة التأخير .

- إذا كانت الأعمال التي تراخى المقاول في تنفيذها تحول دون الاستفادة بالمشروع المتعاقد عليه على الوجه الأكمل ، تحسب غرامة التأخير على أساس قيمة ختامى العملية .

- إذا رأت جهة الإدارة أن الأعمال المتأخرة لا تبلغ من الأهمية الحد الذي يحول دون استفادتها بالمشروع رغم تراخى المقاول في تنفيذها ، يكون حساب الغرامة على أساس قيمة الأعمال المتأخرة .

- تحديد مدى أهمية الأعمال المتأخرة ومدى تأثيرها على الاستفادة من المشروع يدخل في نطاق السلطة التقديرية لجهة الإدارة بغیر معقب عليها ، مادامت تستهدف وجه الصالح العام .

٣ - ضرورة اعداد المتعاقد قبل توقيع العقوبة

١ - يفرض مجلس الدولة الفرنسي على الادارة - كقاعدة عامة - أن تنذر المتعاقد المخطئ ، وأن تنبهه الى خطئه قبل توقيع الجزاء (La mise en demeure préalable). وهذا الالتزام لاشك فيه بالنسبة الى بعض الجزاءات ، مثل غرامات التأخير (penalités de retard) وفي حالة الفسخ (resiliation) ويتشكك بعض الفقهاء في ضرورته بالنسبة الى بعض الجزاءات الأخرى ، كوضع المشروع تحت الحراسة (La mise sous séquestre) ^(١) ولكن بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي يستفاد منها تعميم الالتزام السابق ، لا سيما حكمه الصادر في ١١ يوليو سنة ١٩٤١ في قضية (Grenouiller) (٢) .

ولقد وجدنا حكما قديما لمعكمة القضاء الادارى صادرا في ٢١ يونية سنة ١٩٥٣ (س ٧ ، ص ١٦٤٣) يجعل من الالتزام السابق قاعدة عامة ، وإن كان ذلك الحكم قد استند الى نصوص القانون المدني حيث يقول : « ٠٠٠ والأصل أن تخلف أحد المتعاقدين في التنفيذ على نحو يضار به الطرف الآخر لا ينشئ حقا في التعويض الا باعداد الطرف المتخلف وفقا لأحكام المادة ١٢٠ من القانون المدني الملغى والمادة ٢١٨ من القانون المدني الجديد ، إذ أن المسؤولية التعاقدية الناشئة عن التأخير يجب لاستعقاق التعويض عنها اعداد المدين كما يجب أن يتم هذا الاعذار فور التأخير ، وأن يتضمن تكليفاً بالتنفيذ » . كما أن بعض مواد اللائحة تشترط اعداد صراحة قبل الالتجاء الى توقيع الجزاء ، فالمادة ٨٢ من اللائحة الجديدة (والتي تقابل المادة ٩٤ من اللائحة الملغاة) مثلا توجب اخطار المقاول الذى يتخل بشرط التفاوض ، بوجوب اصلاح الخطأ « خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول » وذلك قبل توقيع الجزاءات المقررة في المادة ٠

(١) - راجع مؤلف جيز في العقود الجزم الثالث ، ص ٨٩٥ .

(٢) - المجموعة ص ١٢٤ ، وقد جاء في هذا الحكم قول المجلس :

«Aucune clause du contrat ne dispensait la commune en cas d'insécution par le avant contractant d'un de ses engagements de l'obligation de la mettre en demeure que ne soient prises les sanctions que pouvaient comporter ses manquements».

٢ - ولكن مجلس الدولة الفرنسي يضع على القاعدة السابقة الاستثناءات التالية :

- (أ) تمفئ الإدارة من الاعذار اذا تضمن العقد شرطاً بهذا المعنى أو اذا ورد حكم به فى دقاتر الشروط أو فى نص من النصوص^(١) .
- (ب) كذلك أعفى المجلس الإدارة من شرط الاعذار اذا كانت الظروف تضفى على تنفيذ العقد طابع الضرورة الملحة (un caractère urgent et impérieux) ومثال ذلك تسليم المشتريات المتعلقة بالمجهود الحربى فى مواعيدها ، فمجرد حلول الموعد ، يعتبر بذاته اعذاراً للمتعاقد بالوفاء^(٢) .

٣ - ولكن الاعذار ليس له شكل محدد ، وليست الإدارة ملزمة بأن تذكر المتعاقد بكافة تفاصيل التزاماته التى قصر فى الوفاء بها^(٣) . كما أن الإدارة اذا عدلت عن الانذار بعد توجيهه ، فانه يتمين عليها أن تعيده من جديد اذا أرادت العودة الى التمسك بالخطأ المنسوب الى المتعاقد^(٤) ، ولكن يجب أن يكون المدول صريحاً ، ونتيجة موقف ايجابى من الإدارة ، ولا يكفى فى هذا الصدد مجرد التراخى أو مرور وقت طويل بين الاعذار وبين توقيع الجزاء^(٥) .

٤ - خضوع الإدارة فى توقيع الجزاءات لرقابة القضاء

١ - وهذه الرقابة القضائية توازن سلطات الإدارة الواسعة فى

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢١ يناير سنة ١٩٤٤ فى قضية (Léoni) محللة القانون العام سنة ١٩٤٥ ص ٢٥٤ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٥ فبراير سنة ١٩١٩ فى قضية (Lévy) المجموعة ص ١١٩ وفى ٢٧ مارس سنة ١٩٢٠ فى قضية (Chales) المجموعة ص ٢٧٠ .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٢٣ فبراير سنة ١٩٤٥ فى قضية (٤) المجموعة ص ٤٠ .

(٤) حكم المجلس الصادر فى ١١ يوليو سنة ١٩٢٩ فى قضية (Entreprise Delago) المجموعة ص ٤٧٢ .

(٥) حكم المجلس الصادر فى ٢٣ فبراير سنة ١٩٤٠ فى قضية (Sté générale de publicité) المجموعة ص ٤٠ .

هذا المجال ، وتمثل ضمانه فعالة للمتعاقد ، ضد تعسف الادارة أو مخالفتها للقانون .

والمسلم به أن رقابة القضاء في هذا الصدد هي من قبيل القضاء الكامل ، ومن ثم فإن سلطاته واسعة ، تتناول مشروعية القرارات الصادرة من الادارة بتوقيع الجزاءات ، سواء من حيث الشكل أو الاختصاص ، أو مخالفة القانون أو التعسف أو الانحراف ، ولكنها لا تقف عند الحد السابق ، بل تمتد الى البواعث التي حدثت بالادارة الى توقيع الجزاء (contrôle des motifs) كما تتناول أسبابه . فيقدر القضاء ما اذا كان المتعاقد قد أخطأ حقيقة ، وما اذا كان الجزاء الذي وقمته الادارة يتناسب مع الخطأ المنسوب الى المتعاقد^(١) .

٢ - ولكن سلطات القاضي ليست واحدة في مواجهة الجزاءات غير المشروعة أو القاسية :

(أ) ففيمما يتعلق بالجزاءات المالية ، يستطيع القاضي أن يحكم بردها ، أو بالاعفاء منها أو بتخفيضها على حسب الأحوال .

(ب) أما فيما يتعلق بوسائل الضغط والاكراه التي تلجأ اليها الادارة ، فإن القاضي يستطيع أن يحكم بالتمويض عنها ولكنه لا يستطيع أن يحكم بالفائها في جميع الحالات كما سنرى فيما بعد .

٣ - ولقد أقرت المحكمة الادارية العليا هذه المبادئ في أحكامها القديمة والحديثة على السواء ، ومن أحدث أحكامها في هذا الصدد ، حكمها الصادر في ١٩ أبريل سنة ١٩٨٦ (القضيتان رقما ٢١١٥ و ٢٥١٦ لسنة ٣٠ القضائية) حيث تقرر :

- ان شطب اسم المتعهد من سجل الموردين لاستعماله الغش

(١) حكم المجلس الصادر في ٢٢ مارس سنة ١٩٢٩ في قضية (Brandt) المجموعة ص ٣٥٦ ، وفي ١١ يوليو سنة ١٩٤١ في قضية (Grenouiller) المجموعة ص ١٢٤ وفي ٢١ يناير سنة ١٩٤٤ في قضية (Léoni) مجلة القانون العام سنة ١٩٤٥ ص ٢٥٥ .

والتواطؤ ، يجب أن يستند القرار الصادر به الى أساس من الواقع أو القانون ، وانتفاء ذلك يجعل القرار فاقدا لركن السبب ، ويترتب على ذلك توافر ركن الخطأ وانعقاد مسئولية الادارة .

- وأن تقارير المباحث لا تعدو أن تكون من قبيل اجراءات جمع الاستدلالات التى تخضع فيما ورد فيها من بيانات وقرائن وادلة لرقابة المحكمة ، استنادا الى مبدأ حرية القاضى فى تكوين اقتناعه بأدلة الاثبات المطروحة فى الدعوى .

المطلب الثانى

انواع الجزاءات الادارية

الفرع الأول

الجزاءات المالية

وهى عبارة عن المبالغ التى يحق للادارة أن تطالب بها المتماقد اذا أخل بالتزاماته التعاقدية . وهى نوعان : منها ما يقصد به تغطية الضرر الحقيقى الذى يلحق الادارة نتيجة لخطأ المتماقد (Les dommages-intérêts) ومنها ما يقصد به توقيع عقاب على المتماقد بغض النظر عن أى ضرر يلحق الادارة (Les pénalités) وهذه الجزاءات بنوعها تختلف اختلافا بينا عن نظائرها فى القانون الخاص ، كما أن النظام القانونى للتوعين فى نطاق القانون الادارى مختلف على النحو التالى :

١ - § التعميضا (Les dommages-intérêts)

١ - وهذا هو الجزاء الأصيل للاخلال بالالتزامات التعاقدية ، وذلك اذا لم ينص على جزاءات مالية لمواجهة هذا الاخلال . والنظام القانونى لهذه التعميضا قريب من النظام المدنى لها ، فيما يتعلق بكيفية تقدير التعميضا ، وفى اشتراط ركن الضرر . ولكن النظامين يختلفان فيما يتعلق بكيفية تحصيل هذه التعميضا ، وذلك على النحو التالى :

٢ - فالتمويض ، بمكس الغرامات المالية ، لا يحكم به القاضي الا اذا ثبت الضرر^(١) ، كما هو الشأن فى القانون الخاص . كما أن التمويض يقدر وفقا لجسامة الضرر الذى تتحملة الادارة^(٢) ، مع مراعاة الأخطاء التبادلية لكل من الطرفين وفقا للقواعد المدنية أيضا .

٣ - أما فيما يتعلق بكيفية تقدير التمويض ، فإن مجلس الدولة الفرنسى يسمح للادارة بأن تحدده هى مقدما ، على أن ينازع المتعاقد فى هذا التقدير أمام القضاء اذا شاء^(٣) . وللادارة كما ذكرنا أن تعدل عن استعمال هذا الحق ، وتترك تقدير التمويض للقضاء .

كما أن التشريع الفرنسى يسمح للادارة فى كثير من الحالات بأن تلجأ الى تحصيل قيمة التمويضات بمقتضى أوامر بالدفع تصدرها بارادتها المنفردة «Le procédé de l'arrêt de débet»^(٤)

ولم نجد فى تشريعاتنا المطبقة ما يسمح للادارة فى مصر بأن تلجأ الى الطريقة السابقة بالنسبة الى العقود الادارية بالمعنى الفنى ، وان كان المشرع قد بدأ ذات السبيل بالنسبة الى بعض عقود الادارة

(١) حكم المجلس فى ١١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ فى قضية (Cie. de navigation Sud-Atl.) المجموعة ص ٨٩٢ ، وفى ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٠ فى قضية (Cie. de navigation Madagascar) المجموعة ص ٢٢٥ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ فى قضية (Sté Electr. de l'Adour) المجموعة ص ١١٢٥ .

(٣) أقر مجلس الدولة الفرنسى هذا الحق للادارة لأول مرة بمقتضى حكمه الصادر فى قضية (Deplanque) وقد سبقت الاشارة اليه . وراجع من أحكامه الأخرى ، حكمه الصادر فى ١١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ فى قضية (Cie de navigation Sud Alt) المجموعة ص ٨٩٢ وفى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ فى قضية (Mannot) المجموعة ص ١١٢٣ .

(٤) حكم المجلس الصادر فى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ فى قضية (Moumet) المجموعة ص ١١٢٣ وقد جاء فيه .

«Il appartenait au ministre de fixer par une décision qui pouvait faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat la somme due par le requérant à raison du préjudice subi par l'Etat et d'en prononcer le cas échéant le recouvrement par voie d'arrêts de débet exécutoires».

الأخرى المنصوص عليها في القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها . فهذه العقود - وفقا لشرحنا السابق - هي من قبيل عقود القانون الخاص . وقد نصت المادة ٤٨ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ على أنه : « - يجوز أن يحصل ما يستحق للدولة من أجرة أو ثمن وملحقاتهما عن العقارات الخاضعة لأحكام هذا القانون بطريق الميزان الادارى . ويكون لهذه المبالغ امتياز عام على أموال المدين في مرتبة المبالغ المستعقة للخزانة العامة المنصوص عليها في المادة ١١٣٩ من القانون المدنى ، وسابقة على أى امتياز آخر عدا المصروفات القضائية والضرائب والرسوم » .

وعلى هذا الأساس فإنه في غيبة مثل هذا النص بالنسبة الى العقود الادارية ، يصبح من المتعين على الادارة أن تلجأ الى القضاء للحصول على حكم بالتعويض . وهذا ما تفعله الادارة في مصر بكثرة ، لاسيما فيما يتعلق بالعقود الخاصة بالتعهد بالتدريس مدة معينة عقب التخرج من بعض المعاهد الحكومية^(١) .

ولكن مجلس الدولة الفرنسى يجرى على أن الادارة لا تستطيع أن تخصص مبلغ التعويض من مبلغ التأمين المودع لضمان تنفيذ العقد الا اذا كان ثمة نص بهذا المعنى فى العقد أو فى تشريع من

(١) حكم المحكمة فى ٣ مارس سنة ١٩٥٧ ، المجموعة ، السنة ١١ ، ص ٢٣٧ ، وفى ٢٤ فبراير سنة ١٩٥٧ السنة ١١ ، ص ٢٣٢ ، وفى ١٢ مايو سنة ١٩٥٧ ، القضية رقم ١٤٧٢ لسنة ١٠ قضائية ، وفى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٧ القضية رقم ٨٥٢ لسنة ١١ قضائية ، وقضية أخرى فى ذات التاريخ السابق ، رقم ٨٧٨ لسنة ١١ قضائية . وفى هذه القضية دفع الطالب بأنعدام الضرر ، فردت المحكمة مثبتة الضرر الذى يتمثل فى عجز عدد المدرسين اللازمين للدولة ، وأخيرا حكمتها فى ٥ يناير سنة ١٩٥٨ فى القضية رقم ١٤٥١ لسنة ١٠ قضائية . ومن قضاء المحكمة الادارية العليا فى ذات الموضوع حكمتها الصادر فى ١٧ مايو سنة ١٩٥٨ (السنة ٣ ص ١٢٥٨) وفى ٢ يناير سنة ١٩٦٠ ، (السنة ٥ ص ١٢٦) وفى ١٣ مايو سنة ١٩٦١ (السنة ٦ ص ١٠٤٠) .

التشريعات^(١) . وهذا الحكم يطبق في مصر من باب أولى ، نظرا لأن الإدارة عندنا لا تستطيع كما ذكرنا أن تقدر مبلغ التعويض بنفسها ، فمن باب أولى لا تستطيع أن تخصصه من مبلغ التأمين الا بعد صدور حكم من القضاء .

٢ - الغرامات

١ - والغرامات «Les pénalités» هي مبالغ اجمالية ، تقدرها الإدارة مقدما ، وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين ، لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ . وهذه الطريقة لا يكاد يخلو منها عقد ادارى ، بل لقد عممتها اللائحة في مصر بالنسبة الى العقود التي تخضع لأحكامها .

٢ - فالمادة ٨١ من اللائحة الجديدة (والتي تقابل المادة ٩٣ من اللائحة الملغاة) تلزم المكاوّل بانتهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماما للتسليم المؤقت فى المواعيد المحددة . فاذا تأخر جاز للسلطة المختصة بالاعتماد اذا اقتضت المصلحة العامة أعطته مهلة اضافية لاتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة عن المدة التى يتأخر فيها انتهاء العمل بعد الميعاد المحدد الى أن يتم التسليم المؤقت . ولا يدخل فى حساب مدة التأخير مدد التوقف التى يثبت لجهة الادارة نشوؤها عن أسباب قهرتة . ويكون توقيع الغرامة بالنسب والأوضاع التالية :

١٪ عن الأسبوع الأول أو أى جزء منه

١٫٥٪ عن الأسبوع الثانى أو أى جزء منه .

٢٪ عن الأسبوع الثالث أو أى جزء منه .

(١) حكمه الصادر فى ١١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ فى قضية «Cie de marig. sud-Atl.» ، وقد سبقت الإشارة اليه ، وفى ٢١ يناير سنة ١٩٤٤ فى قضية «Sté. d'entreprise de construction» ، المجموعة ص ١٢٣ .

٢٥٪ من الأرباح أو أى جزء منه .

٤٪ عن كل شهر أو جزء منه بعد ذلك بحيث لا يجاوز مجموع
الغرامة ١٥٪ .

وتحسب الغرامة من قيمة ختامى العملية جميعها اذا رأت جهة
الادارة أن الجزاء المتأخر يمنع الانتفاع بما تم من العمل بطريق
مباشر أو غير مباشر على الوجه الاكمل فى المواعيد المحددة . أما اذا
رأت جهة الادارة أن الجزاء المتأخر لا يسبب شيئا من ذلك ، فيكون
حساب الغرامة بالنسب والأوضاع من قيمة الأعمال المتأخرة . وتوقع
الغرامة بمجرد حصول التأخير ، ولو لم يترتب عليه أى ضرر ، دون
حاجة الى أى تنبيه أو انذار . ويجب على جهة الادارة أن تراعى
الدقة فى ضرورة وجوب خصم غرامات التأخير قبل الاذن بصرف
مستحقات المقاول .

فالمادة ٩٢ من اللائحة الجديدة ، والتي تقابل المادة ١٠٥ اللائحة
المنقولة ، تقضى بأنه اذا تأخر المتعهد فى توريد كل الكميات المطلوبة
أو جزء منها فى الميعاد المحدد بالمقد - ويدخل فى ذلك الأصناف
المرفوضة - فيجوز للسلطة المختصة بالاعتماد اذا اقتضت المصلحة
العامة اعطائه مهلة اضافية للتوريد على أن توقع عليه غرامة قدرها
١٪ عن كل أسبوع تأخير أو جزء من أرباح من قيمة الكمية التى
يكون المتعهد قد تأخر فى توريدها بعد أقصى ٤٪ من قيمة الأصناف
المذكورة .

وفى حالة عدم قيام المتعهد بالتوريد فى الميعاد المحدد بالمقد
أو خلال المهلة الاضافية فيكون لجهة الادارة أن تتخذ أحد الاجراءم
التالىين وفقا لما تقتضيه مصلحة العمل :

(١) شراء الاصناف التى لم يتم المتعهد بتوريدها من غيره على
حسابه سواء بالممارسة أو بمناقصات محلية أو عامة أو محدودة
بنفس الشروط والمواصفات الملن عنها والمتعاقد عليها .

(٢ - ٣٣ المقود الادارية)

ويغصم من التأمين المودع من المتعهد أو من مستحقته لدى الجهة أو أية جهة إدارية أخرى قيمة الزيادة في الثمن مضاعفاً إليها مصروفات إدارية بواقع ١٠٪ من قيمة الاصناف المشتراة على حسابه وما يستحق من غرامة عن مدة التأخير في التوريد .

أما إذا كان سعر شراء أى صنف يقل عن سعر المتعهد فلا يحق له المطالبة بالفرق ، وهذا لا يمنع من تحصيل قيمة غرامة التأخير المستحقة والمصروفات الإدارية .

(ب) انهاء التعاقد فيما يختص بهذه الاصناف ومصادرة التأمين بما يوازي ١٠٪ من قيمتها والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الإدارية من غرامات أو تعويضات عما يلحق بها من اضرار دون حاجة للالتجاء الى القضاء مع اخطار المتعهد بذلك بكتاب موصى عليه بعلم الوصول . ولا يجوز للجهة الإدارية شراء الاصناف التي ينتهى التعاقد بشأنها في ذات السنة المالية التي يتم فيها انهاء التعاقد .

وقد أضافت المادة ٩٣ من ذات اللائحة الى ذلك أنه اذا تأخر المتعهد عن توريد أصناف تعاقد على توريدها الى ما بعد انتهاء السنة المالية المكلف بالتوريد فيها ، فانه يجوز اخطاره بالغام العقيد عن الكمية الباقية وتطبيق أحكام البند (ب) من المادة ٩٢ السابقة ، ما لم تقرر الجهة الإدارية غير ذلك .

٣- والمسلم به في قضاء مجلس الدولة الفرنسى أن الإدارة تملك توقيع الغرامة بقرار منها ودون حاجة لاثبات الضرر ، بمجرد تحقق المخالفة انتهى تقررت الغرامة لمواجهتها^(١) . ولقد رأينا أن مجلس الدولة الفرنسى ، يجرى على اعذار المتعاقد المقصر قبل توقيع الغرامة الا اذا نص على خلاف ذلك . أما في مصر ، فان المادة ٩٣ من اللائحة الملغاة ، والمادة ٨١ من اللائحة الجديدة قاطعة في أن الغرامة توقع « لمجرد حصول التأخير ، ولو لم يترتب عليه أى ضرر ، ودون حاجة الى أى تنبيه أو انذار » .

(١) حكم المجلس الصادر في ٥ مايو سنة ١٩٢٠ في قضية (Hayem) المجموعه ص ٤٤٣ .

٤ - ويرتب القضاء الإدارى فى فرنسا على المصدر التعاقدى للغرامات النتائج الآتية :

(أ) أن الأرقام المحددة فى العقد (أو اللوائح) لهذه الغرامات تفرض على الإدارة ، بحيث لا تستطيع أن تطالب بأكثر منها ، ومن ثم فإنها لا تملك أن تجمع بينها وبين التعويض مثلاً^(١) .

(ب) كما أن المتعاقد يلتزم بتلك الأرقام ، فليس له أن ينازع فى مدى استحقاق الإدارة لها ، ولا الاحتجاج بأنها لا تتناسب مع الأضرار الحقيقية التى لحقت بالإدارة من جرم المخالفة^(٢) .

(ج) إذا لم يمكن للإدارة الجمع بين الغرامة والتعويض ، فإنها تستطيع أن تجمع بينها وبين الجزاءات التى تستهدف الضغط على المتعاقد «Les Sanctions Coercitives» أو الفسخ^(٣) .

(د) ويسلم مجلس الدولة الفرنسى أخيراً بأن من حق الإدارة أن تتقاضى عن الغرامات ، فتوقع غرامة أقل من الغرامة المنصوص

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ فى قضية (Dupont) المجموعة ص ١٠٨٥ وفى ٢٨ مارس سنة ١٩٤٥ فى قضية (Clausier) المجموعة ص ٦٨ وفى ٣ مايو سنة ١٩٤٤ فى قضية (Rousteau) المجموعة ص ١٢٩ وما جاء فيه قول المجلس :

«La ville n'a pas droit à une indemnité distincte des pénalités pour le préjudice qu'ont pu lui causer les infractions dont s'agit».

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٤ يونية سنة ١٩٤٤ فى قضية (Sakoulounes) المجموعة ص ١٦٩ حيث يقول :

«Cons, qu'aux termes de l'article 15 du cahier des charges la pénalité par journée de retard dans le transport du matériel est contractuellement fixée à ... 16 fait que cette somme serait supérieure aux prix du transport, ne peut motiver une réduction de ladite pénalité».

(٣) حكم المجلس الصادر فى ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ فى قضية «Servotte» المجموعة ص ٨٥٠ ويتعلق بجواز الجمع بين الغرامة والضبط التمثيل فى أحلال متعاقدة آخر محل المتعاقد المقرر لتنفيذ العقد على حسابه . وحكمه فى ١٢ يناير سنة ١٩٣١ فى قضية (Charbonnié) المجموعة ص ١٦٣ ، ويتعلق بجواز الجمع بين الغرامة وفسخ العقد .

عليها ، أو تنزل عن الغرامة كلية . كل ذلك بشرط أن تكشف عن إرادتها صراحة^(١) .

ولكن محكمة المعاسبات في فرنسا ، كثيرا ما انتقدت هذا المسلك ، بحجة أن الغرامات تصبح من حق الدولة بمجرد حدوث المخالفة التي تبرر توقيعها^(٢) .

٥ - ولقد أتيح لكل من محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا أن تتبنى الأحكام التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد ، وذلك على النحو التالي :

أولا - من أحكام محكمة القضاء الإداري :

(١) حكمها الصادر في ١١ يناير سنة ١٩٥٦ (وهو من الأحكام المفصلة) وقد جاء فيه : « . لم ينب عن الفقه الإداري البحث فيما قد يعترض سبيل تنفيذ عقود التوريد من مفاجآت أخصها أن المتعهد لا يقدم في المواعيد المقررة الى جهات الإدارة ما التزم بتقديمه لسير المرفق العام ، أو أنه يقوم بالتقديم في مواعيد غير صالحة لتحقيق الغرض المنشود ، أو أنه عجز عن أداء ما التزم به في المقد . وبالتالي فقد ثار البحث حول الوسائل التي تستطيع الإدارة أن تلجأ اليها لتقهر المتعهد على تنفيذ التزاماته أو لمحاسبته على تقصيره ، فأجمع الشراح على أنه اذا نص في عقد التوريد على تاريخ معين لتسليم المواد ، فإن المتعهد يكون في حالة تأخير بمد حلول هذا التاريخ ، واذا نص العقد على فترة معينة من الزمن ، فإنها تبدأ من تاريخ اخطار المتعهد بأن الجهة الإدارية العليا قد اعتمدت التعاقد . واذا انقضت الفترة المذكورة ، أضحى المتعهد في حالة تأخير دون حاجة الى انذار . ومع ذلك يحسن انذاره بما تفترمه جهة الإدارة من

(١) حكم المجلس الصادر في ٥ يوليو سنة ١٩٥٠ في قضية (Sté française de construction) المحومة ص ٤١٦ .

(٢) مؤلف النقيه جيز غي المقود ، الجزء الأول ص ٢٩٨ - رسالة (Daffaud) بعنوان « الغرامات في عقود التوريد » مقدمة لمؤسسة باريس سنة ١٩٤١ ، ص ١٠٣ .

توقيع الجزاء عليه ، ففى هذا الاجراء ما قد يحول دون الاستمرار والابطاء . ويجمع الشراح على ضرورة النص على الجزاءات فى بنود العقد ، وعادة ما يكون الجزاء هو الغرامة (une astreinte pecuniaire) . وتقدر بمبلغ معين عن كل يوم يوصف بالتأخير . وتتميز الغرامة بأنها :

١ - اتفاقية : لأنها تحدد مقدما فى الاتفاق . فاذا لم يكن قد نص عليها فى العقد ، فلا يجوز الادارة أن تسمى الى تطبيقها على المتماقد . واذا كان التأخير مما يجوز أن يشبه بحالة عدم التنفيذ لأحكام الالتزام ، فان للادارة أن تلجأ الى فسخ العقد ، ومصادرة التأمين ، وتقوم بشراء ما يستلزمه المرفق على المتعهد المقصر .

٢ - وأنها تلقائية : بمعنى أنها تطبق مباشرة دون حاجة من جانب الادارة الى اثبات أن ضررا قد أصابها ، وكذلك لا يمكن رفعها الى فئة أعلى حتى ولو كان الضرر يزيد على قدرها المعين .

٣ - وأنها تطبق بمقتضى قرار ادارى دون حاجة الى الالتجاء الى القضاء للحكم بتوقيع هذا النوع من الجزاء ، وهو اجراء تتميز به العقود الادارية وحدها مما يخرج على ما يجرى عليه العمل فى ميدان القانون الخاص ، حيث يتمين تدخل المحاكم التى تملك الانتقاص من التهديد المالى اذا قدرت أنه مغالى فيه . فجهات الادارة تخرج على هذا النظام عن طريق الغرامة بقرار ادارى منها .

٤ - وأنها تستحق عن التأخير بمجرد انقضاء الفترة المحددة فى العقد ودون حاجة الى التنبه باستحقاقها ، فهى تختلف بذلك عن وضع الفوائد التى تحصل عن التأخير فى ميدان القانون الخاص ، اذ يتمين الانذار باستحقاقها حتى ولو تضمن العقد شرطا جزائيا عن التأخير . ومن جهة أخرى تجيز مبادئ القانون الادارى خصم الغرامات عن التأخير بواسطة جهة الادارة عند اجراء الحساب المتناسى مع المتعهد من المبالغ المستحقة له بمقتضى عقد الالتزام »

ثم استطلعت المحكمة موضحة الحالات التي يعنى فيها المتعاقد من توقيع غرامات التأخير كلياً أو جزئياً بقولها : « ... ان حالات التأخير فى تنفيذ الالتزام لا ترجع دائماً وحتما الى خطأ من جانب المتعهد ، فمن المسلم به فقها وقضاء أن المتعهد يبرأ من كل مسئولية فى حالات أربع : ١ - اذا كانت جهة الادارة هى وحدها التى سببت كل مدة التأخير . ٢ - اذا كان المتعهد ضحية خالصة لقوة قاهرة . ٣ - اذا طلب المتعهد رسمياً مهلة جديدة للتوريد ووافقت الادارة على ذلك دون تحفظ من جانبها . ٤ - اذا قدرت جهة الادارة ظروف المتعهد وقررت اعفاءه من آثار مسئوليته عن التأخير . فكثر ما يحدث فى العقود الادارية أن تقوم جهة الادارة بدور فعال فى التعاون مع المتعهد ، وقد لا تكتفى بأن تفصح عن رغباتها ليقوم هو بتنفيذها . بل قد تلتزم أحياناً بأن تقدم له مساعدات أو بيانات فنية ، فاذا تأخرت الادارة فى الوفاء بما التزمت به ، كان عليها أن تراعى ذلك عند توقيع غرامة التأخير ... » (١)

(ب) حكمها الصادر فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٧ حيث تقول : « ... ان غرامة التأخير التى ضمنها الادارة لعقدها الذى أبرمته مع المدعى ... لا يشترط لتوقيعها قيام ضرر يصيب الادارة ، بل ان هذا الضرر مفترض بقريئة قاطعة لا تقبل الدليل العكس ، ذلك ان غرامة التأخير ... هى جزاء ... وليس ثمة ما يمنع من الجمع بين الجزاءات لاختلاف السبب فى توقيع كل منها ، فغرامة التأخير ليست مرتبطة باثبات الضرر الذى يقع من جراء التأخير فى التنفيذ ، بل تعتبر وسيلة للتهديد لمنع التأخير ... وجزاء يوقع بسبب التأخير ... أما الشراء على حساب المتعهد بالتنفيذ المباشر ، فيكون

(١) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة العاشرة ، ص ١٤٠ .

بعد أن يثبت عجزه عن التوريد (حالة التقصير اليسير) بينما الغام
المقد يكون عن تكرار العجز عن التوريد (التقصير الجسيم)^(١) .

ثانيا : من أحكام المحكمة الادارية العليا :

(١) حكمها الصادر في ٢١ مارس سنة ١٩٧٠ (س ١٥، ص ٢٢٢)
وفيه توضع المبدأ العام حيث تقول : « من المبادئ المسلمة
في فقه القانون الاداري أن غرامات التأخير في العقود الادارية
مقررة ضمنا لتنفيذ هذه العقود في المواعيد المتفق عليها حرصا على
حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد . ولذا فان الغرامات التي
ينص عليها في تلك العقود توقعها جهات الادارة من تلقاء نفسها
دون أن تلتزم باثبات حصول الضرر ، كما لا يقبل ابتداء من المتعاقد
اثبات عدم حصوله » .

ولكن المحكمة استطردت تقول : « من المسلم كذلك أن اقتضاء
الغرامات منوط بتقدير الجهة الادارية المتعاقدة باعتبارها القوامة
على حسن سير المرافق العامة ، والقائمة تبعا لذلك على تنفيذ شروط
التمقيد . ولذا فلها أن تقدر ظروف المتعاقد ، فتعفيه من تطبيق
الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها بما في ذلك غرامة
التأخير ، اذا هي قدرت أن لذلك محلا . وقياسا على هذا النظر ، فان
الادارة - اذا أقرت صراحة أو ضمنا - بأنها لم تحرص على تنفيذ
المقد في المواعيد المتفق عليها ، ترتيبا على أن تنفيذ المقد في هذه
المواعيد كان غير لازم ، فيعتبر ذلك بمثابة اعفاء ضمنى للمتعاقد من
تنفيذ الغرامة عليه ، مما لا يكون معه محل لتوقيع غرامة التأخير » .

(ب) وفي حكمها الصادر في ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ (س ١٧ ، ص
٥٧٦) تقول : « . . . فمصادرة التأمين في هذه الحالة انما هو جزاء
من قبيل الجزاءات التي تملك الادارة توقيها على المتعاقد معها عند

(١) القضية رقم ٤١٨٦ لسنة ٩ قضائية ، السيد صلاح الدين جلال ، ضد
وزارة الحربية والبحرية وبذات المعنى حكمها الصادر في ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧
(السنة ١٢ ، ١٣ ص ٢٣) .

اخلاله بالتزاماته • ولما كانت هذه الجزاءات لا تستهدف في الواقع من الأمر تقويم احوال في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بقدر ما تتوخى تأمين سير المرافق العامة ، فان هذا الجزاء المالى - وهو عبارة عن تمويض جزائى مقدر سلفا باتفاق الطرفين - توقعه جهة الادارة بنفسها ، دون انتظار لحكم القضاء ، وبغير حاجة الى الزامها باثبات أن ضررا ما قد لحقها من جراء اخلال المتعاقد معها بالتزاماته • وبهذا يتميز التمويض المذكور عن التمويض الاتفاقى المنصوص عليه في القانون المدنى ، وبالتالى فالقول بأن هذا التمويض لا يكون مستحقا اذا ثبت أن جهة الادارة لم يلحقها أى ضرر ، هو قول بعيد عن الصواب فى مجال تطبيق القانون الادارى » •

(ج) كما أكدت المحكمة أنه اذا « ما توقع المتعاقدان فى العقد الادارى خطأ معينا ، ووضعا له جزاء معينة فانه يجب على الادارة أن تنقيد به » (حكمها فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٧١ س ١٧ ، ص ٩)^(١) وأنه ليس للادارة أن تضيف الى الجزاءات المنصوص عليها لمواجهة خطأ معين ، جزاءات أخرى (حكمها فى ٣ يناير سنة ١٩٧٠ ، ص ١٥ ، ٩١) •

ثالثا - فتاوى قسم الرأى :

ومنها (أ) فتوى القسم رقم ٦٣٧ فى ٢٣/١٠/١٩٥٦^(٢) • فبعد أن حددت الفترى معيار العقود الادارية على النحو المعروف ، استطلردت تقول : « ••• أن الادارة تراعى فى الشروط الجزائية المنصوص عليها فى عقد ما ، ملاءمتها لطبيعة هذا العقد وقيمتة وموجبات السرعة فى تنفيذه فى وقت وطريقة معينة حتى تكفل

(١) وراجع أيضا حكمها الصادر فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٦٥ (س ١١ ، ص ١٢٨) حيث تقول : « اذا تضمنت شروط الزائدة تعديدا لمقدار الغرامة ••• فان هذا هو الواجب أصالة دون النص اللاتحى وذلك لأنه خاص ، ومن المبادئ المسلم بها ، أن الخاص يقيد العام ، ولأنه الذى تواضعت عليه ارادة الطرفين » •
(٢) مجموعة الأستاذ أبو شادى ، ص ٧٥١ •

انتظام سير المرفق العام . هذا فضلا عن أن المتعاقد مع الإدارة يقبل التعاقد وهو عالم مقدما بجميع الشروط والظروف المحيطة بالمقد . وينبنى على ذلك أنه في حالة التأخير في تنفيذ العقود الإدارية يكون الضرر مفترضا وقائما حتما بمجرد حصول التأخير لما ينطوى عليه التراخي في تنفيذ هذه العقود - في حد ذاته ، وبفض النظر عما عساه أن يقع من أضرار أخرى - من إخلال بالنظم والترتيبات التي تضمها الإدارة ، وتحرص على التزامها ، ومن تمويق ولو جزئي لحسن سير دولاب الأعمال الحكومية وتتابع حلقاته وترباطها . وفي ذلك الإخلال وهذا التمويق مساس ولاريب بالصالح العام الذي ينبى أن يكون دائما محلا للاعتبار في العقود الإدارية . ولذلك فلا محل للقول بعدم حصول ضرر في حالة التأخير المشار إليها ، لأن الضرر هنا لا ينحصر في تفويت الفائدة المباشرة التي ينطوى عليها محل العقد ، بل يشمل المساس بأية قاعدة أو نظام وضعت الإدارة أو أتفتت عليه بنية تحقيق مصلحة عامة . ومن ثم فإن الجزاءات المالية المنصوص عليها في العقود الإدارية نظير التأخير في تنفيذ أحكامها تستحق وتصبح واجبة التوقيع بمجرد التأخير . على أنه إذا قدرت جهة الإدارة المختصة أن اعتبارات العدالة أو الصالح العام تقتضى التجاوز عن الفرامة كلها أو جزء منها في هذه الحالة فإنه يتمين عندئذ اتخاذ الاجراءات الواجبة قانونيا للتنازل عن مال مستحق للدولة

(ب) فتوى القسم رقم ٣٢٣ في ١٠/٥/١٩٥٩ . وقد جاء فيها : « ان غرامة التأخير التي تتضمنها العقود الإدارية هي - وفقا للتكييف القانوني الصحيح - صورة من صور التمويض الاتفاقي يرتضيه الطرفان سلفا نظير الضرر الناشئ عن التأخير . الا أنها تتميز عن التمويض الاتفاقي في مجالات القانون الخاص بأحكام خاصة : أهمها أن أحد أركانها وهو الضرر يفترض وقوعه بمجرد حصول التأخير لما ينطوى عليه التراخي في تنفيذ هذه العقود من

اخلال بالنظم والترتيبات التى تضمها الادارة وتحرص على التزامها ، ولكن الجديد فى هذه الفتوى أنها استطردت قائلة : « ... مع ذلك فان افتراض وقوع الضرر بمجرد التأخير ليس قرينة قاطعة غير قابلة لاثبات العكس ، بل يجوز للطرف الآخر المتعاقد مع الادارة أن يثبت انتفاء الضرر أصلا أو انتفاء ركن الخطأ . ومتى انتفى أحد أركان المسؤولية الموجبة للتعويض فلا مجال عندئذ لامتنعاع الحق المخول للادارة بمقتضى العقد فى اقتضاء التعويض لانعدام الأساس القانونى الذى يقوم عليه . ومن ثم ففى مثل هذه الأحوال لا ينطوى الاعضاء من الغرامة على تصرف بالمجان فى أموال الدولة » .

ويبدو أن هذه الفتوى قد جانبها التوفيق فى خصوص الفقرة القائلة بإمكان اثبات عدم وجود ضرر عن التأخير فى التنفيذ ، فان هذا القول يهدم الفكرة التى يقوم عليها حق توقيع الجزاء المالى من أساسها . ولكن لا شك من ناحية أخرى أنه اذا كان التأخير فى التنفيذ يرجع الى خطأ الادارة ، فانها لا تستطيع توقيع العقوبة . وعلى هذا الأساس ، ومن هذا المدخل ، يمكن للادارة أن تنزل عن الغرامة كلها أو بعضها - كما أكدت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الذى سبقته الاشارة اليه - لأن ذلك يتضمن اعترافا منها - صريحا أو ضميا - بأنها كانت السبب فى التأخير . أما اذا انتفى كل خطأ من جانب الادارة ، فانه لا يقبل من المتعاقد أن يثبت أن التأخير لم يترتب عليه ضرر ، فالتقينة فى هذه الحالة تصبح مطلقة وغير قابلة لاثبات العكس . وبمعنى آخر ان دفاع المتعاقد ينحصر فى نطاق ركن الخطأ ، لاركن الضرر . وبهذا المعنى صدرت فتوى الجمعية العمومية رقم ٣٨٧ فى ١٩٥٩/٥/٣١ حيث تقرر : « ... واذا كان تأخير الشركة المساهمة المصرية فى التوريد نتيجة حتمية لقرار ادارة النقد ، وما يترتب عليه من آثار ، وهو ما يعتبر حادثا قهريا لم يكن فى إمكان الشركة توقفه عقلا وقت التعاقد ، فضلا عن أن جهة الادارة هى دون سواها المسؤولة عن هذا التأخير فى اجراءات فتح الاعتماد ، ومن ثم ينتفى الركن الاصيل للمسؤولية الموجبة

للتمويض ، ولا يكون ثمة محل لتوقيع غرامة التأخير على الشركة
٠٠٠ ولا يقتضى هذا اتخاذ اجراءات التنازل عن أموال الدولة طبقا
للقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٨ وانما يكون بقرار من الوزير^(١) » .

وهذا هو المعنى الذى كانت تقرره المادة ١٠٧ من اللائحة الملغاة
حيث تقول : « اذا شك المتعهد أو المقاول من توقيع الغرامة عليه وقدم
مستندات تثبت أن التأخير نشأ عن حادث قهرى ، واقتنع بها رئيس
المنطقة أو الفرع أو مدير السلاح أو رئيس المصلحة ، فيمكنه
الموافقة على رفعها اذا لم تزيد قيمتها على ٥٠ جنيها بالنسبة الى
المناطق والفرع ، وعلى مائتى جنية بالنسبة الى المصالح أو
الأسلحة ، بشرط أن يعطى اقرارا بأنه لم يلحق بالحكومة ضرر أو
عطل ، بطريقة مباشرة من جراء هذا التأخير ، ويرافق هذا الاقرار
مستندات الصرف » أما زاد على ذلك ، فيكون رفعه من سلطة وكيل
الوزارة المختص لغاية ألف جنية ، وما زاد على ذلك فيكون من سلطة
الوزير » . ولم يرد لهذه المادة مقابل فى اللائحة الجديدة ، وان كان
حكمها يمكن اعماله وفقا للقواعد العامة » .

٦ - ولما كانت سلطة الادارة فيما يتعلق بتوقيع الجزاءات المالية
واسعة الى حد كبير - كما رأينا - فان مجلس الدولة الفرنسى يجرى
على أن تلك الجزاءات تبنى الادارة عن الالتجاء الى نظام التهديدات
المالية «l'institution des astreintes» ومن ثم فانه يقرر أنه لا محل
لنظام التهديدات المالية - المعروف فى القانون الخاص - فى نطاق
المقود الادارية^(٢) .

٧ - ويجب أن يلاحظ ما أفتت به إدارة الفتوى والتشريع لوزارة
التربية والتعليم^(٣) فى ١٠/٦/١٩٥٨ من أنه لا يجوز توقيع غرامة
التأخير على الهيئات الحكومية اذا تأخرت فى التوريد ، وذلك تأسيسا

(١) مجموعة الأستاذ أبوشادى ، ص ٧٥٢ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٧ يناير سنة ١٩٣٣ فى قضية «Lois» منشور

فى مجموعة سبرى ، سنة ١٩٣٣ ، القسم الثالث ص ١٣٢ مع تقرير المفوض «Detton»

(٣) فتوى رقم ٢٨١٣ فى ١٠/٦/١٩٥٨ ، شرح لائحة المناقصات والمزايدات

العامة للأستاذ حسين درويش ، الطبعة الثانية ، ص ٨٨ الهامش .

على أن قيام هيئة عامة بتوريد مادة الى هيئة أخرى انما يعتبر من قبيل تأدية الخدمات طبقا لما تنص عليه المادة ١٥٤ من اللائحة المالية للميزانية والمسابات . وهذه الفتوى لا تطبق على شركات القطاع العام وجمعياته التي تمارس نشاطها طبقا لقواعد القانون الخاص .

٨ - وللادارة فى سبيل الحصول على المبالغ المستحقة لها أن تستوفىها من التأمين ، أو من المبالغ المستحقة للمتعاقد قبلها عن طريق المقاصة ، بل ووفقا لفتوى الجمعية العمومية الصادرة فى ١٣ يناير لسنة ١٩٦٥ (س ١٩ ، ص ٢١٨) يحق لأى جهة حكومية أن تحصل على مستحقاتها - عن طريق المقاصة - مما يكون مستحقا للمتعاقد ولو كانت الجهة المدينة للمتعاقد ذات شخصية معنوية مستقلة . فقد سمحت لوزارة الحربية أن تحصل على مستحقاتها من المبالغ المستحقة للمقاول قبل الهيئة العامة للبريد بقولها : « انه لا يجوز للمقاول المذكور - والذي تطالب وزارة الحربية بنخص مستحقاتها من المبالغ التى له قبل هيئة البريد - أن يتمسك بالشخصية المعنوية لهذه الهيئة ، لأن هذا الوضع الذى يتمسك به المقاول لا يفيد التنظيم الادارى فى شىء . ومن ثم يجب أن يفض النظر فى هذه الواقعة عن فكرة الشخصية المعنوية المقررة لهيئة البريد ، وتقف الهيئة بالنسبة الى هذه الواقعة مجردة عن شخصيتها المعنوية ! لتمد كسائر المصالح الحكومية . وبهذه المثابة يكون جائزا - وفقا لأحكام لائحة المناقصات والمزايدات - اقتضاء المبلغ المستحق لوزارة الحربية ، بطريق الخصم من مستحقات المقاول قبل هيئة البريد ، دون ما حاجة الى اتباع طريق حجز مال للمدين لدى الغير . كذلك ليس لهيئة البريد أن تتمسك فى هذه الواقعة بشخصيتها المعنوية ، لأن تمسكها بهذه الشخصية ليس مقررا لصالح التنظيم الادارى فى هذا الخصوص ، وأخذا بفكرة نسبية الشخصية المعنوية للمؤسسات وانهيئات العامة » .

وإذا كانت هذه الفتوى لا تعتبر تطبيقاً دقيقاً للمبادئ القانونية التى تقوم عليها فكرة الشخصية المعنوية ، فإنها قد رجعت الاعتبار العملية المستمدة من فاعلية الإدارة ، والابتعاد عن إجراءات إدارية لا فائدة منها من الناحية العملية ، مادام المتعاقد يستطيع أن يحمى حقوقه عن طريق الالتجاء إلى القضاء . ولهذا تدخل المشرع فى القانون الجديد رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ونص عليها صراحة فى المادة ٢٩ والتي تقضى بأنه « يكون للجهة المتعاقدة فى حالة فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد الحق فى مصادرة التأمين النهائى والحصول على جميع ما تستحقه من غرامات مما يكون مستحقاً للمتعاقد لديها أو لدى أية جهة إدارية أخرى من مبالغ ، وذلك دون حاجة إلى اتخاذ أى إجراءات قضائية » ويلاحظ أن المشرع قد استعمل صيغة « أى جهة إدارية أخرى » وهى صيغة عامة تشمل جهات الإدارة ذات الشخصية الاعتبارية وغيرها .

الفرع الثانى

وسائل الضغط (Les sanctions coercitives)

١ - تستهدف هذه الجزاءات إرغام المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية ، عن طريق حلول الإدارة محل الملتزم المقصر أو بإحلال غيرها محله ، وذلك لأن أول ما يعنى الإدارة فى هذا المجال هو ضمان تنفيذ العقد . ومن ثم فإن وسائل الضغط توجه بصفة خاصة لتحقيق الغاية السالفة التى يستلزمها سير المرفق العام بانتظام واستمرار .

٢ - وللسبب السابق عينة ، تعتبر وسائل الضغط التى تلجأ إليها الإدارة بمثابة جزاءات مؤقتة «des sanctions temporaires» لا تنهى العقد ، ولكنها تكل تنفيذها إلى غير المتعاقدين الأصلي ، وعلى مسؤولية هذا الأخير . أو كما تقول محكمة القضاء الإدارى فى حكمها الصادر فى ١٧ مارس سنة ١٩٥٧ : (س ١١ ، ص ٢٧٢) « ... والمقصود الإدارى يجب أن تنفذ بدقة ، لأن سير المرافق العامة يقتضى ذلك . ومن وسائل ضغط الإدارة على المتعاقدين المقصر أن تحل هى بنفسها

محله ، أو أن تعمل على احلال شخص آخر محله فى تنفيذ الالتزام .
وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن هذا الاجراء لا يتضمن انهاء
العقد بالنسبة للمتعاقد المقصر ، بل يظل هذا المتعاقد مسئولا أمام
جهة الادارة ، وانما تتم العملية لحسابه وعلى مسئوليته . . . » .

وبهذا المعنى تقول المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر
فى ٩ يونيه سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ١٠٢٤) « أن الشركة وان
كانت قد توقفت عن التنفيذ بنفسها ، الا أن الوزارة قد قامت
بالشراء على حسابها ، ومن مقتضى هذا الشراء على حسابها عدم
انهاى الرابطة التعاقدية ، واستمرار العقد منتجا لآثاره واعتبار
الشركة هى المسئولة أمام الوزارة عن عملية الشراء . فالشركة من
الناحية القانونية تعتبر قد واصلت التنفيذ فيقع على عاتقها غرامة
التأخير والمصاريف الادارية التى تكبدتها الوزارة فى عملية الشراء » .
٣ - وتتخذ وسائل الضغط صورا ثلاث بالنسبة للمقود الادارية
الرئيسية الثلاثة :

- (أ) وضع المشروع تحت الحراسة بالنسبة الى عقد الامتياز
«La mise sous séquestre»
- (ب) حلول الادارة محل المتعاقد فى عقد الأشغال العامة .
«La mise en régie»
- (ج) الشراء على حساب المتعاقد فى حالة عقود التوريد .
«Le marché par défaut»

والعادة أن ينص على وسائل الضغط هذه فى العقود التى تبرمها
الادارة . ولكن المسلم به فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى أن الادارة
تملك أن توقع تلك العقود حتى ولو لم ينص عليها فى العقد^(١) .

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٣ يونيه سنة ١٩٤٤ «Ville de Toulon»
مجلة القانون العام سنة ١٩٤٥ ، ص ١٠١ مع تقرير «Odent» وقد جاء فى ذلك
التقرير قوله :

«Les décisions prononçant le séquestre ou la régie sont légales dès l'instant où
elles sont indispensables pour assurer la continuité du service en cas des défaillances
du concessionnaire; leur justification se trouve dans leur efficacité» .

وقد نص المشرع صراحة على وسائل الضغط بالنسبة للعقود الادارية بصفة عامة فى القانون الجديد رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ فى المادتين ٢٨ و ٢٩ منه على النحو التالى مادة ٢٨ : « اذا أخل المتعاقد بأى شرط من شروط العقد كان للجهة المتعاقدة الحق فى فسخ العقد أو فى تنفيذه على حسابه ، ويتقرر الفسخ أو تنفيذ العقد على حساب المتعاقد بقرار من السلطة المختصة يعلن للمتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين فى العقد » . مادة ٢٩ : « يكون للجهة المتعاقدة فى حالة فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد الحق فى مصادرة التأمين النهائى والحصول على جميع ما تستحقه من غرامات مما يكون مستحقا للمتعاقد لديها أو لدى أية جهة ادارية أخرى من مبالغ ، وذلك دون حاجة الى اتخاذ أى اجراءات قضائية » .

هذا وقد تضمنت لائحة المناقصات والمزايدات القديمة والجديدة بعض صور الضغط التى أشرنا اليها فيما سلف بالنسبة الى عقدى الأشغال العامة والتوريد على النحو التالى :

أولا - بالنسبة الى عقد الأشغال العامة : نصت المادة ٨١ - وقد أوردنا نصها فيما سلف - على حق الادارة فى توقيع الغرامة بمجرد حصول التأخير فى انجاز الأعمال « ولو لم يترتب عليه أى ضرر ، دون حاجة الى أى تنبيه أو اذار^(١) » .

أما فى حالة اخلال المقاول بأى شرط من شروط العقد ، فان المادة ٨٢ من اللائحة الجديدة قد أوضعت جزاء ذلك تفصيليا حيث تقول : اذا أخل المقاول بأى شرط من شروط العقد أو أهمل أو أهقل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بالقيام باجراء هذا الاصلاح، كان لرئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص وعلى

(١) واستطردت المادة تقول « ويجب على جهة الادارة أن تراعى الدقة فى ضرورة وجوب خصم غرامات التأخير قبل الاذن بصرف مستحقات المقاول » .

مسئوليته الحق في اتخاذ أحد الاجراءين التاليين وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة :

(أ) فسخ العقد مع مصادرة التأمين النهائي المستحق وقت الفسخ والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الادارية من غرامات أو تمويزات عما يلحقه بها من اضرار .

(ب) سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بطريق المناقصة المحددة أو المناقصة المحلية أو الممارسة في حدود احكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والاحكام الواردة بهذه اللائحة ، وذلك مع مصادرة التأمين النهائي المستحق على المقاول وقت سحب العمل والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الادارية من غرامات و تمويزات واسترداد جميع ما تكبدته من مصروفات وخسائر زيادة على قيمة العقد نتيجة لسحب العمل .

ويكون لجهة الادارة الحق في احتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت وقتية ومبان وآلات وأدوات ومواد خلافه دون أن تكون مسئولة قبل المقاول أو غيره عنها وعما يصيبها من تلف أو نقص لأي سبب كان أو دفع أى أجر عنها ، كما يكون لها الحق أيضا في الاحتفاظ بها حتى بعد انتهاء العمل ضمانا لحقوقها ، ولها أن تبنيها دون أدنى مسئولية من جراء البيع .

ثانيا : أما بالنسبة الى عقود التوريد ، فانه وفقا للمادة ٩٢ من اللائحة الجديدة ، يجوز لجهة الادارة المتماقدة اعطاء المورد مهلة اضافية للتوريد قدرها ١٪ عن كل أسبوع تأخير من قيمة الكمية انتى يكون قد تأخر في توريدها بحد أقصى ٤٪ من قيمة الأصناف المذكورة .

فاذا تأخر المورد كان للادارة أن تتخذ أحد اجراءين وفقا لما تقتضيه مصلحة العمل :

(أ) الشراء على حساب المورد المقصر ، وفقا للضوابط التي أوردها المشرع في الفقرة أ من المادة ٩٢ من اللائحة .

(ب) انهاء العقد فيما يختص بالأصناف التى لم تورد ، ومصادرة التأمين بما يوازى ١٠ ٪ من قيمتها ، والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الادارية من غرامات أو تعويضات عما يلحق بها من أضرار دون حاجة للالتجاء الى القضاء . « ولا يجوز للجهة الادارية شراء الأصناف التى ينتهى التعاقد بشأنها فى ذات السنة المالية التى يتم فيها انهاء التعاقد » .

٤ - والمسلم به أن التجاء الادارة الى وسائل الضغط السابقة لا يكون الا خطأ جسيم «faute grave» يقع فيه التعاقد ، وأن الادارة تستعمل سلطتها تحت رقابة القضاء ، الذى يملك سلطات واسعة فى هذا الصدد ، تتناول جوانب المشروعية والملاءمة معا .
وفىما يلى نعرض باختصار لكل نوع من أنواع الضغط الذى تلجأ اليه الادارة .

١ - ٤ وضع المشروع تحت الحراسة

١ - تضع الادارة المرفق المدار بطريق الالتزام تحت الحراسة اذا قصر الملتزم فى تسيير المرفق تقصيرا جسيما . وتضع الادارة المرفق تحت الحراسة أيضا اذا كان ثمة ما يهدده بالتوقف ولو بدون خطأ من الملتزم ، كاضراب لا ذنب له فيه . والمسلم به أن وضع المرفق تحت الحراسة لا يؤدى الى فسخ عقد الامتياز ولا الى اسقاط حقوق الملتزم الأصلية ، وكل ما يترتب عليه هو رفع يد الملتزم مؤقتا عن ادارة المشروع^(١) .

٢ - وحينما تضع الادارة مرفقا ما تحت الحراسة ، فاما أن تديره بنفسها واما أن تعهد بالادارة الى حارس مؤقت تختاره .

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٩ اكتوبر سنة ١٩٢٦ فى قضية (Ville de St-Etienne) المجموعة ص ٩١١ ، وفى ديسمبر سنة ١٩٣٠ فى قضية (Tramways du Loir-et-Cher) المجموعة ص ١٠٥٧ .

٣ - ولما كانت الحراسة بطبيعتها اجراء مؤقتا ، مصيرها اما الى عودة المرفق الى الملتمزم الأصلي ، واما الى سقوط الالتزام وفسخ العقد ؛ ولما كان مجلس الدولة الفرنسى يجرى على أنه لا يجوز للادارة فسخ عقد الالتزام باجراء من جانبها ، فانه يتعين على الادارة حين تقرر وضع المرفق تحت الحراسة أن تلجأ الى القضاء للحكم بفسخ العقد .

٤ - واذا كانت الحراسة تقتضى رفع يد الملتمزم عن ادارة المرفق ، فانه من المتعين أن يفرق بين أسباب وضع المرفق تحت الحراسة ، لتحديد نتائجها فيما يتعلق بالادارة المالية :

(أ) فاذا أعلنت الحراسة كجزاء لتقصير الملتمزم ، فانه يتحمل مخاطر الادارة ، بمعنى أن الخسارة تكون على عاتقه ^(١) .

(ب) أما اذا أعلنت الحراسة بغير خطأ الملتمزم ، لاسيما اذا كان سبب ذلك القوة القاهرة أو خطأ الادارة ، فانه لا يتحمل مخاطر الادارة المالية ^(٢) .

٥ - هذه الأحكام التى قررها مجلس الدولة الفرنسى ، تطبق اذا لم ينص العقد أو المشرع على غيرها .

٦ - وثقد سبق لقسم الرأى مجتمعا أن أقر معظم هذه المبادئ فى فتواه رقم ٢٤٠ الصادر فى ١٩٥٢/٢/٤ ^(٣) حيث يقول : « ان الحكومة بصفتها مانعة الالتزام لها سلطات عديدة تملك استعمالها فى حالة عدم قيام الملتمزم بالوفاء بالتزاماته المفروضة عليه بموجب

(١) حكم المجلس الصادر فى ٥ مارس سنة ١٩٤٣ فى قضية (Ville de Nîmes) مجموعة ص ٥٨ وفى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ فى قضية (Sté. d'assainissement) المجموعة ص ٢٨٧ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٢ يناير سنة ١٩٠٩ فى (Cie des messageries marit. et cie générale trans.) المجموعة ص ١٢٠ وفى ٢٤ يوتية سنة ١٩٢٧ فى قضية (Ville de Castelnaudary) المجموعة ص ٧٠٣ .

(٣) مجموعة الأستاذ أبو شاذى ، ص ٧٢ .

المعد ، فلها مثلا أن تنفذ هذه الالتزامات على حسابه كما في حالة عدم قيام الملتزم (شركة سكة حديد الدلتا) بصيانة الخطوط الحديدية وتحسينها على الوجه الذي ترضاه الحكومة ، كما لها أن تتخذ ما تراه من التدابير لضمان سير المرفق في حالة توقف تشغيل الخطوط . وكثير من هذه السلطات المخولة لمناخ الالتزام يقتضى استعمالها رفع يد الملتزم عن ادارة المرفق ، وقيام الحكومة بادارته بنفسها أو بمن تعينه لذلك . والاجراء الذي تتبعه الحكومة في هذه الحالة ، اذا لم ترد اسقاط الالتزام ، هو أن تضع بقرار منها المرفق تحت الحراسة ، وبه ترفع يد الملتزم عن ادارة المرفق لضمان سيره سيرا منتظما ، ولاصلاح ما تريد اصلاحه من وجهة ، ولاجبار الملتزم على تنفيذ التزاماته من وجهة أخرى »

وقد أقر القضاء الفرنسى حق الحكومة فى وضع المرفق تحت الحراسة فى حالة ارتكاب الملتزم مخالفات جسيمة لشروط الالتزام^(١) .

كما أقر الفقه الفرنسى بهذا الحق للحكومة^(٢)

فالمتفق عليه فى فرنسا - فقها وقضاء - أن للحكومة أن تصدر قرارا اداريا بوضع المرفق تحت الحراسة اذا اختل سيره اختلالا

(١) استشهدت الفتوى بما يلى : « يقول جيز ان وضع المرفق تحت الحراسة اجراء الصادر فى ٣ سبتمبر سنة ١٩٣٦ بوضع سكة حديد وتراموايات فاروجات تحت الحراسة لعدم قيامها بدفع الزيادة التى تقررت فى أجور العمال بمقتضى اتفاق يوليو سنة ١٩٣٥ (حكم المجلس فى ٢٢ يونية سنة ١٩٤٤ ، مجموعة ليون سنة ١٩٤٤ جزء ١٤٤ ص ١٨) وبمثل هذا المبدأ أخذ المجلس فى احكامه الصادرة فى ٣٠ يونية سنة ١٩٢١ (ليون سنة ١٩٢١ ، جزء ٩١ ص ٥٤٠ سنة ١٩٢٧ ، ليون ص ٢٩٣) ، وفى ٥ مارس سنة ١٩٤٣ (ليون ص ٥٨) . »

(٢) استشهدت الفتوى بما يلى : « حكم مجلس الدولة الفرنسى بصحة القرار صحيح ، وان الشركة صاحبة الامتياز يجب أن تتحمل جميع تكاليف هذا الاجراء الذى تسببت فيه (مجلة القانون العام ، جزء ٦١ لسنة ١٩٥١ ص ١٠١) ويقول رينيه فى كتابه (تشريع السكك الحديدية الجزم الأول ، ص ١٦٩ و ١٧٠) أنه اذا توقف استغلال المرفق كليا أو جزئيا كان للادارة أن تتخذ فوراً - على نفقة الشركة الملتزمة ومسئولياتها - الاجراءات اللازمة لضمان سير المرفق مؤقتا . وهذا الاستيلاء المؤقت من جانب الدولة على المرفق ، هو وضعه تحت الحراسة . وقد جرى العمل أن يصدر بهذا الاجراء مرسوم »

جزئيا أو كلياً • وتستطيع الحكومة اتخاذ هذا الاجراء ، ولو لم يرد بدفتر الشروط أية اشارة اليه ، اذ أنه اجراء فى المقام الأول من النظام العام ، ويصدر به فى الغالب قرار من الادارة مباشرة •

وهذه الحراسة تتميز بأنها تفترض حتما وقوع خطأ جسيم من جانب الملتزم من شأنه أن يمرض استمرار المرفق أو انتظامه للخطر • وهى اجراء وقتى يصدر من جانب الادارة دون الالتجاء سابق الى القضاء • ويترتب على هذا الاجراء أن المرفق يدار تحت مسؤولية الملتزم •

ولا يشترط لاستعمال الادارة لهذا الحق توجيه اذار للملتزم (الا اذا نص على ذلك فى العقد) لأن طبيعة هذا الحق تقتضى أن تمكن الادارة من استعماله فوراً دون حاجة الى اذار ، ومن باب أولى دون الالتجاء الى القضاء^(١) •

أما عن مدة وضع المرفق تحت الحراسة ، فان الادارة هى التى تحددها • واذا كانت هذه المدة محددة فى العقد فليس لهذا التحديد صفة الالتزام بالنسبة الى الادارة ، فهى ليست ملزمة بانتهاء الحراسة عند انتهاء المدة^(٢) •

فى الحالة المعروضة لا تنقيد الادارة بالمدة المحددة فى المادة ١٥ من دفتر الشروط ، وهى ثلاثة أشهر • واذا ما قدرت وضع المرفق تحت الحراسة ، فانه يكون عليها واجب ادارته • ولها أن تباشر الادارة بواسطة عمالها ، كما أن لها أن تمهد بهذه المهمة الى حارس من بين موظفى الدولة أو من غيرهم ، ويمكن أن يكون من بين عمال الملتزم نفسه ، ويدار المرفق تحت مسؤولية الملتزم الذى يتحمل جميع المصروفات التى يقتضيها سير المرفق ، ويكون للحكومة الحق

(١ و ٢) استشهدت الفتوى هنا بمؤلف الفقيه جيز فى المبادئ العامة للقانون الادارى ص ٨٩٥ •

فى القيام بالأعمال التى قصر الملتزم فى انجازها ، وكان واجبا عليه أن يقوم بها ، كما يكون لها حق تحصيل الرسم الذى كان يتقاضاه الملتزم من الجمهور ، والاستيلاء على ايرادات المرفق ، وتعتبر هذه الايرادات من الأموال العامة ، فلا يجوز حجزها بناء على طلب دائنى الملتزم^(١) .

٢ - سحب العمل من المفاوض

أولا - رأينا فيما سبق أن المشرع قد نص على هذا الحق للادارة فى كل من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية .
فالمادة ٢٨ من القانون قد أوردت الجزاء العام الذى يطبق فى حالة اخلال المتعاقد بالتزاماته ، وخولت الادارة أحد حقين حسبما تراه محققا للمصلحة العامة ، وهما : فسخ العقد أو التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر .

وقد أعاد المشرع تفصيل هذا المبدأ العام بالنسبة لمعقود الأشغال فى المادة ٨٢ من اللائحة التنفيذية الجديدة ، والتى أوردنا أحكامها فيما سلف . وقد خولت هذه المادة جهة الادارة اذا اختارت فسخ العقد ، مصادرة التأمين النهائى المستحق وقت فسخ العقد والحصول على جميع ما تستحقه من غرامات أو تمويزات عما يلحقها من أضرار . أما اذا اختارت التنفيذ على حسابها فقد خولها المشرع اختيار طريق التعاقد المناسب ، سواء بطريق المناقصة العامة ، أو المناقصة المحدودة أو المناقصة المحلية أو الممارسة ، وذلك مع مصادرة التأمين النهائى المستحق على المفاوض وقت سحب العمل ، والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الادارية من غرامات

(١) استشهدت الفتوى هنا بمقال للفقهاء جيز فى مجلة القانون العام سنة ١٩٣٥ ، جزء ٥٢ ص ٨٣ .

وفى الموضوع انتهت الفتوى الى أنه : « يكون للحكومة أن تقر وضع سكة حديد الدلتا تحت المراقبة للمدة التى تحددها ، متى ثبت لها أنها قد ارتكبت مخالفات جسيمة لمقد الامتياز » . ولما كان العقد المبرم مع شركة حديد الدلتا قد أبرم بينها وبين وزير الأشغال العمومية بتفويض من مجلس الوزراء ، فإن وضع المرفق تحت المراقبة يكون بقرار من هذا المجلس » .

وتعويضات ، واسترداد جميع ما تكبدته من مصروفات وخسائر
زيادة على قيمة العقد نتيجة لسحب العمل .

وقد خول المشرع فى ذات المادة جهة الادارة الحق فى احتجاز كل
أوبعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت وقتية ، ومبان ، والات ،
وأدوات ، ومواد وخلافه دون أن تكون مسئولة قبل المقاول أو
غيره عنها وعما يصيبها من تلف أو نقص لأى سبب كان ، أو دفع أى
أجر عنها ، كما يكون لها الحق أيضا فى الاحتفاظ بها حتى بعد انتهاء
العمل ، ضمنا لحقوقها ، بل وخولها المشرع حقا خطيرا ، وهو بيع
الأدوات المشار إليها « دون أدنى مسئولية من جراء البيع » .

وكان يقابل المادة ٨٢ من اللائحة الجديدة ، المادة ٩٤ من
اللائحة الملغاة ، والتي التزمت صياغة مغايرة ، فقد ذكرت خمس
حالات يترتب على خطأ الملتزم فيها حق الادارة فى سحب العمل منه
وهي : ١ - التأخير فى بدأ التنفيذ أو البطء فيه بدرجة كبيرة .
٢ - التوقف عن العمل مدة ١٥ يوما . ٣ - ترك العمل كلية أو
الانسحاب منه . ٤ - اخلال المتماقد بالتزاماته ، ورفضه اصلاح
خطئه خلال ١٥ يوما من تاريخ اخطاره . ٥ - اذا كان للادارة الحق
فى فسخ العقد نتيجة لتواجد المقاول فى احدى الحالات المنصوص
عليها فى المادة ٨٥ من اللائحة ، وهي استعمال الفس أو التلاعب ،
أو الشروع فى الرشوة ، أو الافلاس أو الاعسار .

كما أن المادة ٥٣ من ذات اللائحة كانت تنص على أنه اذا لم يتم
مقدم العطاء الذى اختير بتقديم التأمين النهائى خلال المدد المنصوص
عليها ، فان للادارة « أن تُلغى العقد وتصادر التأمين المؤقت^(١) »
(وهذه الحالة لا تمنينا هنا) « أو أن تنفذه كله أو بعضه على حساب
صاحبه بمعرفة تلك الجهة أو بواسطة أحد مقدمى العطاءات التالية
لعطاءه أو الممارسة أو بمناقصة عامة أو محلية . . . » .

(١) وذلك مع مراعاة ما ورد فى المادة ٧٦ من ذات اللائحة من جواز قبول التأمين
رغم التأخر بشروط خاصة .

ولقد كان نص المادة ٩٤ من اللائحة الملغاة يشير تساؤلا عما اذا كانت الحالات التي وردت في المادة ٩٤ (أو في غيرها) قد ذكرت على سبيل الحصر ، بمعنى أن الادارة لاتستطيع أن تسحب العمل من المقاو الا في الحالات التي ذكرتها النصوص صراحة . وكان رأينا أن هذا التفسير لا يمكن التسليم به ، لأن الواقع أن وسائل الضغط التي تلجأ اليها الادارة ، انما تستمدّها من طبيعة العقد الادارى وصلته بالمرافق العامة ، ومقتضيات سير تلك المرافق . ومن ثم فاننا لم نتردد في تأكيد حق الادارة في سحب العمل من المقاو في كل حالة يخطيء فيها ، وترى أن هذا السحب ضرورى لتحقيق الصالح العام . وهذا المعنى واضح من الفقرة الرابعة من المادة ٩٤ ، فانها في حقيقتها تجعل التعداد الثوارى بالمادة على سبيل المثال لا على سبيل الحصر .

ولكن ذكر حالات معينة فى النصوص ، مع تخويل الادارة حق سحب العمل من المقاو اذا تواجد فيها ، له فائدة أساسية ، تتعلق بمدى رقابة القضاء . ففي هذه الحالات ليس للقاضى أن يتدخل للحكم على مدى ملائمة السحب للخطأ ما دام أن ذلك الخطأ من بين الأخطاء التى تبرر السحب فى نظر المشرع . أما فى الحالات غير المنصوص عليها ، فان للادارة أن تسحب العمل ، ولكن يكون للقضاء فى هذه الحالات الحكم على مدى ملائمة السحب للأخطاء المنسوبة الى المقاو . لكل هذا فان المشرع فى اللائحة الجديدة قد سلك سبيل التعميم ، فترك الأمر لترخص جهة الادارة ، تحت رقابة القضاء الادارى وهو مسلك يتسم بالمرونة .

ثانيا - ما الذى يشترتب على السحب من آثار ؟ سحب العمل مع المقاو ليس الا اجراء تمهيدى ، يعقبه اجراء آخر . وقد واجهت المادة ٩٤ من اللائحة الملغاة ، والمادة ٨٢ من اللائحة الجديدة الاحتمالات التى تعقب السحب ، فأجازت للادارة أن تقوم بأحد التصرفات الآتية :

١ - أن تقوم بنفسها على حساب المقاول بتنفيذ الأعمال التى لم تتم كلها أو بعضها .

٢ - أن تطرح فى المناقصة من جديد الأعمال التى لم تتم كلها أو بعضها .

٣ - أن تتفق مع أحد المقاولين بطريق الممارسة لاتمام العمل .
وفى جميع الحالات يكون لجهة الادارة حق حجز كل أو بعض ما يوجد بمحل العمل من منشآت ومبان وآلات وأدوات ... الخ لتستعمله فى اتمام العمل ، وليكون ضمانا لحقوقها قبل المقاول .

وواضح مما تقدم ، أن الاجراءات التى نصت عليها المادة السابقة ، لا تنهى المقعد ، بل ان المقعد الاصلى يبقى ، وينفذ على حساب المقاول الاصلى ، ويتحمل مخاطره . وكانت اللائحة القديمة تنص على أن الادارة اذا نفذت العملية بنفسها ، وأسفرت عن كسب ، فان المقاول لا يحق له أن يطالب « بأى وفر يتحقق » فكان هذه الفقرة قد تضمنت عقوبة تكميلية لتقصير المقاول فى تنفيذ التزاماته . ووفقا لقواعد التفسير السليمة فانه لا يمكن اعمال هذا الحكم ، ما دام المشرع قد أغفل النص عليه فى اللائحة الجديدة .

ويجوز الجمع بطبيعة الحال بين وسائل الضغط والعقوبات الأخرى التى لا تتنافى مع طبيعتها . ومن ذلك حق الادارة فى توقيع الغرامات المالية ، ثم التنفيذ على حساب المقاول . ولكن لا يجوز للادارة أن تجمع بين وسائل الضغط وبين الغاء المقعد ، لأن وسائل الضغط تستهدف اجبار المتعاقد على أن ينفذ التزاماته . فاذا ألغت الادارة المقعد ، فانه لا معنى للالتجاء الى وسائل الضغط . وسوف نرى أن القضاء الادارى المصرى قد قرر هذه المبادئ فيما يتعلق بمقعد التوريد ، ولكنها تصدق أيضا على غيره من العقود .

ووفقا لحكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٦٥ (ص ١١ ، ص ١٢٨) اذا قامت الادارة بالتنفيذ على حساب

المقاول المقصر ، فانها « تكون ملزمة بنفس شروط المزايدة الأولى ومدتها عدا السعر الذى تعدده المزايدة الثانية ، لأنها فى ذلك تقوم بدور الوكيل ، فتلتزم بما نص عليه فى المادة ٧٠٤ من القانون المدنى من أن تبذل فى هذه الوكالة العناية التى تبذلها فى أعمالها الخاصة » . فاذا ما جاوزت شروط المزايدة الأولى بخمسة عشر يوماً فلا تحسب هذه الزيادة تأخيراً عليه » .

ثالثاً - لا يجوز للادارة أن توقع عقوبة السحب ، وما يترتب عليها من آثار ، الا اذا أخطأ المقاول ، بمخالفته لنص صريح فى العقد أو لروح العقد على الأقل . ولقد وجدنا تطبيقاً طريفاً لهذه الحالة فى حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ ، والذى تتخلص ظروفه فيما يلى : تصاقت وزارة الشئون البلدية والقروية مع أحد المقاولين بقصد حفر بئر ارتوازي لتزويد أهالى بعض المناطق بالمياه العذبة الصالحة للشرب . ولما بدأ المتعاقد فى تنفيذ العمل ، فوجيء بطبقة صخرية على بعد ٣٣ متراً من سطح الأرض . ولما كانت شروط المناقصة غير واضحة ، ولا تبين كيفية التنفيذ وتفاصيله ، فقد اضطرت المحكمة الى أن تلجأ الى تفسير العقد على ضوء باقى شروطه ، وموقف الادارة من المتعاقد عندما بدأ التنفيذ . ذلك أن المتعاقد حينما بدأ التنفيذ فوجيء فى أول مرة بطبقة صخرية . ولما تظلم للادارة من ذلك ، دفعت له تكاليف الحفر ، وسمحت له بتغيير موقع البئر . ولما غيره ، فوجيء بالطبقة الصخرية مرة أخرى . ولما تظلم للادارة مرة ثانية سلمت الجهات الفنية بأن البئر يحتاج الى آلات حديثة ليست فى حوزة المقاول ، وبالتالي أرست الادارة العملية على غيره ، وصاشرت التأمين وأصاشرت قراراً بحجز الآلات الموجود بموقع العمل . فلما رفع الدعوى ، قضت المحكمة بأنه « ... قد ظهرت ارادة المصلحة ونيتها بصورة واضحة من أن موضوع العقد لم يكن ينصرف الى الحفر فى الصخر ... ومن حيث انه ترتيباً على ما تقدم ، لم يكن يجوز للحكومة ما دام لتوقف المدعى عن العمل ما يبرره قانونياً طبقاً لما اشتمل عليه العقد من نصوص وما انصرفت

اليه نية الطرفين المتعاقدين عند إبرام العقد مما يعتبر داخلا في نطاقه ، ما كان يجوز للحكومة أن تقوم بمصادرة التأمين .. ومن ثم فما دام المدعى لم يتخلف عن تنفيذ العقد حسبما سبق ايضاحه ، فلا سند اذا للحكومة في الاستيلاء على هذا التأمين ومصادرته بدعوى توقيع غرامة ، أو استحقاقا لتمويض مما يتعين معه الحكم برد التعويض المذكور .

« ومن حيث انه عن طلب المدعى الغاء قرار استيلاء الحكومة على ادواته ومهماتہ ... مع تسليمها اليه ، فمن الواضح أن الاجراء الذى اتخذته الحكومة في هذا الخصوص انما يكون عند توقف المقاتل عن العمل بلا مبرر قانوني ، ومناطه عدم تعطيل تنفيذ العقد بأن تقوم المصلحة باستعمال تلك الأدوات والمهمات في انهاء العمل صيانة للصالح العام ، ومن حيث انه متى ثبت أن التوقف عن العمل كان له ما يسانده قانونيا ، فلم يعد هناك أساس شرعى لتطبيق ذلك الاجراء . هذا فضلا عن أن شرط حجز الأدوات هو لاستعمالها في اتمام العمل ، ولم يظهر من الأوراق ما يدل على أن المصلحة استعملت هذ الأدوات في انجاز العمل^(١) »

٣- § الشراء على حساب المتعاقدين المقصر

١- وتستعمل وسيلة الضغط هذه في مواجهة المتعاقدين المقصرين في عقود التوريد عادة . وقد نص عليها في المادة ٩٢ من اللائحة الجديدة ، في فقرتها الثانية حيث تنص على أنه في حالة عدم قيام المتعهد بالتوريد في الميعاد المحدد بالمقد أو خلال المهلة الاضافية فيكون لجهة الادارة أن تتخذ أحد الاجرائين التاليين وفقا لما تقتضيه مصلحة العمل : أ- شراء الأصناف التى لم يقم المتعهد بتوريدها من غيره على حسابه ، سواء بالممارسة أو بمناقصات محلية أو عامة

(١) القضية رقم ٢٨٤ لسنة ٨ قضائية ، السيد فتحى مباس الغبارى ضد وزارة الفستون البلدية والقروية ومصلحة الجارى . وقد نشر ملخص مغل للحكم في مجموعة أحكام المحكمة السنة ١١ ، ص ١٠٤ .

أو محدودة بنفس الشروط والوصفات المعلن عنها والمتعاقد عليها .
ويخصم من التأمين المودع من المتعهد أو من مستحقاته لدى الجهة أو
أية جهة إدارية أخرى قيمة الزيادة في الثمن ، مضافا إليها مصروفات
إدارية بواقع ١٠٪ من قيمة الأصناف المشتراة على حسابه ،
وما يستحق من غرامة مدة التأخير في التوريد . أما إذا كان سعر
شراء أى صنف يقل عن سعر المتعهد ، فلا يحق له المطالبة بالفرق ،
وهذا لا يمنع من تحصيل قيمة غرامة التأخير المستحقة والمصروفات
الإدارية . ب - انتهاء العقد .

وكان يقابل هذه المادة ، المادة ١٠٥ من اللائحة المفصلة ، وكانت
تتضمن ذات الأحكام تقريبا .

٢ - ويتبين من هذا النص أن الشراء على حساب المورد المتأخر
إنما يكون جزاء على تأخره في التوريد عن المدد المحددة بالعقد ،
فللإدارة في هذه الحالة ، إذا رأت ألا ضرر من ذلك ، أن تمنحه مهلة
إضافية للتوريد مع توقيع غرامات التأخير المنصوص عليها ، ولها
أن تلجأ إلى الطريقة الثانية وهي الشراء على حسابه إذا رأت أن
صالح المرفق يقتضى هذا الاجراء .

وهنا أيضا للإدارة أن تشتري بنفسها أو عن طريق متعهد آخر
تختاره بمناقصة محلية أو عامة . وإذا كانت هذه الطريقة لا تؤدي
إلى فسخ العقد الأصلي ، فإن الشراء في جميع الحالات يتم على حساب
المتعهد المقصر ، كما أن الشراء على حسابه ، لا يعفيه من توقيع
غرامات التأخير المنصوص عليها ، بل وحتم النص أن يخصم منه أيضا
مصروفات إدارية بواقع ١٠٪ (وكانت اللائحة المفصلة تكتفى ب ٥٪)
من قيمة الأصناف المشتراة على حسابه . وأجازت المادة خصم فرق
الزيادة في الثمن والمصاريف الإدارية (هذا فضلا عن غرامة التأخير)
من التأمين المودع منه أو من مستحقاته لدى جهة الإدارة المتعاقدة أو
أية جهة إدارية أخرى .

٣ - وإذا أرادت الادارة الشراء على حساب المورد المقصر ، فيتمتع عليها ألا تنتهى الرابطة التعاقدية . وهذا واضح من صياغة المادتين ١٠٥ الملفاة ، والمادة ٩٢ من اللائحة الجديدة ، فكلاهما تحتم اتخاذ أحد اجراءين فى مواجهة المورد المقصر : اما الشراء على حسابه وفقا للأحكام السابقة واما انهاء التعاقد ، مع مصادرة التأمين بما يوازى ١٠٪ من قيمة الأصناف المتأخرة أو المرفوضة . وذلك لأن طبيعة وسيلة الضبط اجبار المتعاقد المقصر على تنفيذ التزامه - كما ذكرنا - وهذا لا يتصور الا اذا كانت الرابطة التعاقدية ما تزال قائمة . وقد أخذت محكمة القضاء الادارى بذات المبدأ فيما يتعلق بعدم جواز الجمع بين وسائل الضبط (الشراء على حساب المتعهد المقصر) وبين انهاء الرابطة التعاقدية كجزاء لعدم دفع التأمين النهائى ، حيث تقول فى حكمها الصادر فى ١٣ يناير سنة ١٩٥٧ : « ومن حيث ان عدم دفع التأمين النهائى فى الميعاد يترتب عليه حق الادارة فى توقيع جزاءات وردت فى البند الثلاثين من المادة ١٣٧ من لائحة المخازن والمشتريات . ومن حيث ان هذا النص سالف الذكر يتضمن جزاءين : أولهما «حب قبول العطاء ومصادرة التأمين ، وثانيهما : الشراء على حساب المتعاقد المتخلف عن دفع التأمين النهائى . ولما كان الجزاء الأول معناه انهاء الرابطة العقدية ، ويترتب عليه انعدام العقد انعداماً يستنفذ أثره فيعتبر كأن لم يكن ، وكان الجزاء الثانى لا يتضمن انهاء للعقد بالنسبة للمتعاقد المقصر ، بل يظل هو المسئول أمام جهة الادارة ، وتتم عملية الشراء لحسابه وتحت مسؤوليته المالية ، ولذلك لا يمكن توقيعه الا مع قيام الرابطة العقدية ، لما كان الأمر كذلك ، فانه لا يجوز الجمع بين هذين الجزاءين فى وقت واحد ، لأن الجمع بينهما يعنى انعدام العقد واعتباره كأن لم يكن ثم استمراره فى نفس الوقت منتجا لآثار معينة وهو ما لا يمكن التسليم به .. » (١) .

(١) القضية رقم ٤٩٣ لسنة ٦ قضائية ، السيد محمد السيد النياوى ضد وزارة الشئون الاجتماعية ونشر ملخصه فى مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ١١ ص ١٤١ =

ولكن جهة الادارة فى شرائها على حساب المتعاقدين المقصر تكون بمثابة الوكيل عنه فى هذا الشأن ، فتلتزم - طبقا لحكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٥٨ (السنتان ١٢ و ١٣ ص ١١٢) - بما نص عليه فى المادة ٧٠٤ من القانون المدنى من أن تبذل فى تنفيذ هذه الوكالة العناية التى تبذلها فى أعمالها الخاصة . فإذا تسببت الحكومة بتصرفها فى زيادة الأعباء فإن المتعاقدين لا يتحمل الا الفرق الذى يرجع الى خطئه .

كما أن المحكمة الادارية العليا قد أقرت ذات المبادئ . ومن ذلك حكمها الصادر فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦١ (السنة ٧ ص ١٠٢) حيث تقول : « لئن كان التنفيذ عينا فى المعاملات المدنية لا يتم الا عن طريق القضاء ، فإنه فى العقود الادارية يكون تنفيذ الالتزام عينا بواسطة الادارة تقوم به بنفسها ، وعلى حساب المتعاقدين معها وتحت مسئوليته ، فالشراء على حساب المتعهد المقصر فى تنفيذ تعهده ، والزامه بفرق السعر ليس عقوبة توقع على المتعهد ، وإنما هو تطبيق لقاعدة تنفيذ الالتزام عينا تقوم به الادارة بنفسها عند اخلال المتعاقدين معها بتعده ضمانا لحسن سير المرافق العامة وأطراف سيرها ، ومنما من تمطلها بما قد يمرض المصلحة العامة للضرر اذا توقفت هذه

= ولما كانت صياغة البند الثامن والعشرين من المادة ٣٧ من لائحة المآخذ والمشتريات غير قاطعة فى إبراز المعنى السابق ، فقد ردت عليها المحكمة ، وفسرتها بما يجعلها متشعبة مع المعنى الذى حددته بقولها : « ... » ومن ثم ترى المحكمة أن التفسير الصحيح للنص سالف الذكر هو أن المشرع عند صياغته لم يقصد من كلمة « كما » (الواردة فى النص) أن تنفذ ما يفيد حرف « الواو » باعتباره من حروف العطف لطلق الجمع بين العطف والمعطوف عليه ، وإنما قصد بها أن تنفذ معنى التخيير بكلمة « أو » وأن يكون لجهة الادارة أن تختار بين واحد من هذين الجزأين لا أن تجمع بينهما حتى لا تتعدد الجزاءات من فعل واحد « ... » ومما يلاحظ فى هذا الشأن أن المادة ٥٣ من لائحة المناقصات والمزايدات الملغاة ، قد كشفت عنها المحكمة . فقد نصت تلك المادة صراحة على أن عدم دفع التأمين النهائى يخلو الادارة « ... » أن تلتفى العقد وتصادر التأمين المؤقت أو أن تنفذه كله أو بعضه على حساب صاحبه بمعرفة تلك الجهة أو بواسطة أحد مقدسى العطاءات التالية لمطائه أو بالممارسة أو بمناقصة عامة أو محلية « ... » .

وبذات المعنى راجع حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٩ يونية سنة ١٩٦٢ . السنة ٢ ص ١٢٤ وقد سبقت الإشارة اليه . وقد تضمنت لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة ذات الصياغة السابقة كما رأينا .

الموافق « - ثم استطلرت المحكمة ، توضيح حدود هذا التنفيذ على حساب المتعاقد ، بقولها : « وانه وان لم يكن لجهة الادارة - وهى تباشر على حساب المتعهد المقصر شراء الأصناف التى قصر المتعهد فى توريدها - أن تشتري أصنافا غير الأصناف المتعاقد عليها ، الا أن المغايرة هنا تقتضى شيئا من الايضاح فليس لها أن تشتري سيارات اذا كان التعاقد على دراجات أو تشتري سيارات نقل اذا كان التعاقد على سيارات ركوب . . . وهكذا ، وتنتفى المغايرة اذا كان الاختلاف فى جودة الصنف زيادة أو نقصا ، اذا تمذر الموصول على ذات الصنف المتعاقد عليه ، كما لو كان مما يصنعه المتعهد ، فلا يوجد عند غيره ، أو يكون قد نفذ من السوق ، فليس ثمة ما يمنع جهة الادارة من أن تشتري على حساب المتعهد ما يماثل الصنف المتعاقد عليه ، وان اختلف عنه جودة زيادة أو نقصا ، وتحاسبه على فرق السعر وفرق الجودة ان كان ، باعتبار أن هذين المنصرين يمثلان الضرر الذى لحق - على «ببيل التمييز - بالمصلحة العامة بالاضافة الى غرامة التأخير التى ينص عليها المقعد^(١) » .

وفى حكمها الصادر فى ١٧ مارس سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ٤٥٩) تقرر أنه « . . . اذا اشترت الادارة على حساب المتعهد المقصر ، فانه يسأل بصفة مطلقة عن فروق الأسعار . ومطابقة الأصناف المشتراه على حساب المتعهد المقصر لمواصفات الأصناف المتعاقد عليها ، ليست التزاما على الادارة لمصلحة المتعهد بحيث لا يصح الشراء الا اذا راعته ، وانما هى حق للادارة تستأديه لمصلحة المرفق العام . ومن ثم فانها تملك التنازل عن هذا الحق اذا كان التنازل لمصلحة المرفق العام ، كأن يمتنع العثور فى السوق على أصناف مطابقة للمواصفات المتعاقد عليها وكانت الأصناف الأقل جودة فى السوق صالحة للاستعمال ، ويمكن أن تسد حاجة المرفق العام . . . »^(٢) .

(١) وبفس المعنى ، حكمها الصادر فى ٩ يونية سنة ١٩٦٢ ، السنة ٧ . ١٠٢٤ .

(٢) واستطلرت الحكم قائلا : « فى مثل هذه الحالة ، تملك الادارة التنازل عن حقها فى اقتضاء المطابقة فى المواصفات ، ويصح لها الشراء على حساب المتعهد =

والتنفيذ على حساب المتعهد المقصر ، لا يمد بذاته عقوبة توقع عليه ، وإنما هو تطبيق لقاعدة تنفيذ الالتزام عينا تقوم به الإدارة عند امتناع المتعاقد عن تنفيذ الالتزام وإخلاله به « ولا يتأتى ذلك إلا عن طريق الإبقاء على العلاقة العقدية بين الإدارة والمتعاقد معها ، بحيث تحل الإدارة محل المتعاقد معها فيما لم ينفذ من العقد على حسابه وتحت مسؤوليته ، والزامه بما قد يطرأ على تنفيذ العملية عن فروق في الأسعار أو المصروفات التي يتكبدها نتيجة التنفيذ على الحساب . » ويترتب على ذلك أن يكون المتعهد المقصر مسؤولاً عن نتائج العملية التي تنفذ على حسابه ، فيما عدا النتائج التي تعود إلى خطأ الإدارة . »

٤ - ولكن الإدارة إذا نفذت الشراء على حساب المتعهد المقصر ، فلا ضير عليها بعد ذلك في أن تنهى العقد . وقد أعلنت محكمة القضاء الإداري هذا المبدأ في حكمها الصادر في ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ والذي تلخص ظروفه في أن سلاح خدمة الجيش كان قد تعاقد مع أحد الأفراد على توريد كمية من المكرونة ، فتأخر في التوريد بحجة أن المصنع الذي يتعامل معه قد تعطلت آلاته . فاشتريت الإدارة على حسابه الكمية المتبقية ، ثم فسخت عقده ووقعت عليه غرامة التأخير . ولما احتج المتعاقد بتمدد الجزاءات ، وأن الإدارة يكفيها الشراء على حسابه ، ردت المحكمة قائلة : « . . وليس ثمة ما يمنع الجمع بين الجزاءات لاختلاف السبب في توقيع كل منها ، فغرامة التأخير . . . تعتبر وسيلة لمنع التأخير في التوريد وجزاء يوقع بسبب التأخير في التوريد . أما الشراء على حساب المتعهد بالتنفيذ المباشر فيكون بعد أن يثبت عجزه عن التوريد » .

== المقصر من الأصناف الأقل جودة ، إذ أن تسير المرفق العام في أية صورة خير من تعطيله . فإذا كان الثابت أن المسامر المطابقة للمواصفات المتعاقد عليها نفذت من السوق وقت الشراء على حساب المدهي مما اضطر الهيئة المدهي عليها إلى شراء الأصناف المحلية التي وإن كانت أقل جودة إلا أنها صالحة للاستعمال ، فإن المدهي لما تقدم يكون مسؤولاً عن فرق السعر وملحقاته عن المصاريف الإدارية ، كما يكون مسؤولاً عن غرامة التأخير طبقاً للعقد والتي يجوز الجمع بينهما وبين الشراء على حساب المتعهد المقصر . »

أما بخصوص فسخ الإدارة للعقد بعد تنفيذ الشراء على حساب المتعهد المقصر ، فقد قالت بشأنه ، ان تصرف الإدارة سليم د ٥٠ ما دام أن مباشرة السلاح لأصل حقه في التنفيذ المباشر كان في وقت يتمتع فيه بهذا الحق « (١) » .

كما أن المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٩ يناير سنة ١٩٧١ (س ١٦ ، ص ١٣) أجازت الجمع بين العقوبات وفسخ العقد في قضية تتلخص ظروفها فيما يلي : نص في أحد عقود التوريد على حق الإدارة في فسخ العقد ومصادرة التأمين اذا خالف المتعاقد شروط العقد ثلاث مرات خلال ثلاثين يوما . فلما بدأ المتعاقد في ارتكاب المخالفات نفذت العقد على حسابه ، حتى اذا تكاملت المخالفات ثلاث مرات خلال ثلاثين يوما فسخت العقد وصادرت التأمين ، فقررت المحكمة الإدارية العليا سلامة موقف الإدارة من هذه الجزاءات حيث تقول : د ٥٠ ان طبيعة حق وكيل الوزارة في فسخ العقد ومصادرة التأمين تقتضى بالضرورة سبق اخلال المتعاقد مع الإدارة بشروط العقد عددا معينا من المرات في آمد معين . ولا يسوغ أن تقف الإدارة حيال هذا الاخلال المتكرر لشروط العقد ، وأثناء تنفيذه موقفا سلبيا ، فلا تقوم بشراء الأصناف المطلوبة على حساب المقصر وما يستتبه ذلك بحكم اللزوم من توقيع الجزاءات المترتبة عليه ، انتظارا لتوافر الشروط المبررة لفسخ العقد ومصادرة التأمين ، لا يسوغ ذلك ، لأنه فضلا عن مخالفته لنصوص العقد ، فانه من شأنه التضحية بالمصلحة العامة التي تتطلب وجوب السير في تنفيذ العقد دون توقف »

وهذه الحالة بخلاف حالة توقع خطأ معين ، وتحديد مبلغ اتفاقي

(١) وكانت ادارة سلاح خدمة الجيش قد نفذت على حساب المتعهد في يوم ٢٦ يونية سنة ١٩٥٤ ثم ألغت العقد في اليوم التالي (٢٧ يونية ١٩٥٤) وتم التوريد ، (أي تنفيذ الشراء على حساب المتعهد المقصر) بعد هذا التأخير .
القضية رقم ٤١٨٦ لسنة ٩ قضائية ، السيد صلاح الدين جلال ضد وزارة الحربية . مجموعة أحكام المحكمة ، السنتان ١٢ و ١٣ ص ٢٣ .

لواجهته فان على الادارة أن تقنع بهذا الجزاء الاتفاقى كما أوردنا
فى حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٨ أبريل سنة ١٩٦٧
(سبق) .

هذا وقد قررت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى
١٦ يناير سنة ١٩٨٢ (مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ٢٧ ص
٢٣٦) أن من حق المورد الذى تقرر الادارة شطب اسمه من سجل
الموردين أن يطلع فى هذا القرار فى أى وقت « ما ظل قائما ومستمرا
فى انتاج آثاره » .

الفرع الثالث

فسخ العقد (Les sanctions résolutoires)

يستهدف هذا الجزاء انهاء الرابطة التعاقدية ، وبالتالي فانه
يفترض أن المتعاقد قد أخطأ خطأ جسيما
(particulièrement grave) ولا تلجأ الادارة الى هذا الجزاء الا مضطرة ، واذا وجدت أنه لا فائدة
ترجى من تقويم المتعاقد (ultima ratio)

واذا كان جزاء الفسخ على مسئولية المتعاقد (resiliation aux torts du
cocontractant) يتناول جميع العقود الادارية ، دون حاجة الى نص ،
فان مجلس الدولة الفرنسى يميز فى هذا الصدد بين عقد الامتياز ،
وسائر العقود الادارية .

١ - § الفسخ فى حالة عقد الامتياز

١ - يستعمل مجلس الدولة الفرنسى هنا عادة اصطلاح اسقاط
الالتزام (la déchéance du concessionnaire) أما فى العقود الأخرى فيستعمل
اصطلاح « الفسخ » (resiliation) . والمادة أن تتضمن عقود الامتياز
شروطا مفصلة تبين الحالات التى يكون للادارة فيها حق فسخ عقد
الامتياز كعقوبة . ولكن المسلم به أن حق الادارة فى توقيع هذا
الجزاء معترف به حتى ولو لم ينص عليه فى العقد . غير أن للنص
(٢٥ م - العقود الادارية)

عليه في المقد فائدة كبيرة ، اذ تستطيع الادارة - بمقتضى نص صريح في المقد - أن تحتفظ بحق توقيع جزاء الفسخ بنفسها ، دون حاجة للالتجاء الى القاضي ، كما هي القاعدة في غير تلك الحالة .

٢ - ولما كان فسخ عقد الامتياز يتضمن خطورة بالغة بالنسبة الى الملتزم الذي يتكلف عادة مبالغ طائلة في سبيل اعداد المرفق ، وتهيته لأداء الخدمة المنوطة به ، فان مجلس الدولة الفرنسي يحيط حق الفسخ أو الاسقاط في هذه الحالة بقيود شديدة يمكن أن نجملها فيما يلي :

اولا - يجب أن يرتكب الملتزم خطأ بالغ الجسامة (une faute très grave) لا تجدى في مواجهته وسائل الضغط التي تتمتع بها الادارة^(١) . والى هذا المعنى أشارت محكمة القضاء الاداري المصرية في حكمها الصادر في ٣ مارس سنة ١٩٥٧ حيث تقول : « ... واذا كان «خيب الالتزام» ٠٠٠ يفتبر جزاء شديدا لما يترتب عليه من نتائج خطيرة ، فان التجاء الادارة اليه لا يكون الا في احوال المخالفات الجسيمة أو عندما يتكرر الاهمال الفاحش من جانب الملتزم أو يعجز عن تسيير المرفق العام وأداء الخدمات المطلوبة ٠٠٠ »^(٢) . كما أن الجمعية العمومية للقيسم الانتخابي تؤكد ذات المعنى في فتاواها الصادرة في فبراير سنة ١٩٥٨ (سبقت) حيث تقول : « ان اسقاط

(١) جاء في تقرير المفوض «Renaud» بمناسبة حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٣٧ مايو سنة ١٩٠٧ في قضية «Deplanque» (وقد سبقت الاشارة اليه) قوله بهذا الخصوص :

«La déchéance est une mesure tellement grave que l'on devra hésiter d'y avoir recours. Elle pourra dans bien des cas constituer une sanction trop radicale trop sévère pour le concessionnaire, trop gênante pour la puissance publique qui n'a aucune envie ni de voir le service public désorganisé, ni d'en assurer la direction».

وراجع تطبيق البيير على حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٢ أبريل سنة ١٩٣٥ في قضية «Société de distribution électrique» مجموعة سري .
سنة ١٩٣٥ ، القسم الثالث ، ص ١٢٥ .
(٢) السنة ١١ من ٢٣٩٠ .

الامتياز ما هو الا جزاء توقعه السلطة مانعة الالتزام على الملتزم
نتيجة لأخطاء جسيمة اقترفها في ادارته للمرفق بحيث يصبح من
المتعذر الاطمئنان الى استمراره في ادارة المرفق وتسييره «^(١)» .

ولأجل هذا يجرى مجلس الدولة الفرنسى على أن يتمتع الخطأ
المبرر لجزاء الاسقاط بنموت مميزة ومن ذلك مثلاً قوله « أن الخطأ على
درجة خاصة من الجسامه »^(٢) (d'une particulière gravité) أو أن الملتزم
« ... قد دأب على مخالفة التنظيمات الفنية والمالية للمرفق المدار
عن طريق الالتزام »^(٣) .

«Méconnaissance systématique de ses obligations par le concessionnaire
dans l'organisation technique et financière du service concédé.

ومن ثم فإن مجلس الدولة الفرنسى كثيراً ما يرفض الحكم باسقاط
الالتزام رغم ثبوت خطأ الملتزم وتقصيره اذا رأى أن الخطأ لا يتلزم
وقدوة الجزاء . ففى بعض أحكامه مثلاً يقرر أن الخطأ الذى تطلب
الادارة توقيع جزاء الاسقاط من أجله ، قد يبرر وضع الالتزام تحت
الحراسة ، ولكنه لا يبرر فسخ العقد^(٤) .

ولا تقف سلطة مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد عند حالة
الفسخ الذى يمتين أن ينطق به القاضى ، بل انه يراقب مدى ملائمة

(١) كما تقرر فى فتاواه الصادرة فى ١٩٥٣/١/٢٨ ، مجموعة الأبناذ سمير
أبو شساذى السابقة ص ٧٠ : « أن للادارة بما لها من رقابة واشراف على سير المرفق
اسقاط الالتزام كجزاء على اخلال الملتزم بما يقرضه عليه عقد الامتياز من التزامات .
والذى يبين بما استقرت عليه أحكام مجلس الدولة فى فرنسا ، أن اسقاط الالتزام
هو جزاء متعلق بالنظام العام ، يكون للادارة الاتباء اليه حتى ولو لم يرد عليه نص
فى عقد الالتزام كلما وقعت من الملتزم أخطاء جسيمة فى ادارة المرفق ، وأن هذا
جائز حتى لا يتصل سل سير المرفق اذا تخلف الملتزم عن تنفيذ الزامات جومرية أخرى
كالوفاء بالتزاماته المالية قبل الحكومة » .

(٢) حكمه فى ١٣ يوتية سنة ١٩٤٢ فى قضية
«Nouvelle Société fermière» de Luxembourg . المجموعة ص ٢٥٩ .

(٣) حكمه فى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٧ فى قضية
«Société des eaux d'Esport» . المجموعة ص ٣٨٩ .

(٤) حكمه الصادر فى ١٠ أغسطس سنة ١٩٧٣ فى قضية
«Société d'éclairage de la ville d'Orléans» . المجموعة ص ٦٨٢ .

جزاء الاسقاط لجسامة المخالفة في حالة ما اذا احتفظ العقد للادارة صراحة بحق توقيع جزاء الفسخ دون حاجة للالتجاء الى القضاء ، ولا يكون ذلك الا بناء عن طعن من المتعاقد بطبيعة الحال^(١) .

ومن الأخطاء التي تبرر الفسخ في نظر مجلس الدولة الفرنسي وقف استغلال المرفق أو توقف الاستغلال في فترات متلاحقة^(٢) ومنها أيضا التنازل عن العقد دون موافقة الادارة على النحو الذي رأيناه فيما سلف ، وعدم احترام الملتزم للاوامر التي تصدر من الادارة بخصوص ادارة المرفق^(٣) ، وعدم وفائه بالتزاماته المالية قبل الادارة^(٤) . . . الخ .

ثانيا : اعذار الملتزم (La mise en demeure préalable) يجب على الادارة قبل توقيع جزاء الفسخ ، أن تعذر الملتزم ، وغالبا ما تنص وثائق الالتزام على هذا الشرط ، ولكن مجلس الدولة الفرنسي يجعل منه شرطا أساسيا للقضاء بالفسخ ، حتى ولو خلا العقد من النص عليه ، بحيث لا تتحرر الادارة منه الا بناء على شرط صريح في العقد^(٥) أو اذا ثبت من ظروف الحال أن الاعذار لا فائدة منه ، كما لو أعلن الملتزم نفسه عجزه التام عن ادارة المرفق^(٦) .

(١) حكم المجلس الصادر في ٢ مايو سنة ١٨٩٧ في قضية «Tessier» المجموعة ص ٤٩١ مع تقرير روميو ، وتقرير نفس المفوض في حكم المجلس الصادر في ٢٠ يناير سنة ١٩٠٥ في قضية «Cie départementale des eaux» وقد سبقت الإشارة اليه .

(٢) حكمه في ٢١ مارس سنة ١٩٠٢ في قضية «Chambon» المجموعة ص ٢٤٤ وفي ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٧ في قضية «Société L'Energie Industrielle» المجموعة ص ١٠٦٢ .

(٣) حكمه الصادر في ٨ مارس سنة ١٩٢٩ في قضية «Berthod» المجموعة ص ١٤٧ .

(٤) حكم المجلس الصادر في ١٠ يوليو سنة ١٩٣٥ في قضية «Blazy» ص ٢٩٠ ، وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ في قضية «Cie fermière de Lenchez» المجموعة ص ١١٦٩ .

(٥) حكم المجلس الصادر في ٢١ يناير سنة ١٩٤٤ في قضية «Léoni» مجلة القانون العام سنة ١٩٤٥ ص ٢٥٤ .

(٦) حكم المجلس الصادر في ٢١ مارس سنة ١٩٥٢ في قضية «Chambon» المجموعة ص ٢٤٤ .

ثالثا ، يتمين أن يحكم القاضى بالفسخ : وهذه المصلحة ينفرد بها عقد الامتياز ، على خلاف القاعدة العامة والتي تقضى بحق الادارة فى توقيع الجزاءات بنفسها دون حاجة للتجاء الى القضاء .

ولكن للادارة أن تسترد حقها فى هذا الصدد عن طريق شرط صريح يرد فى عقد الامتياز^(١) . وفى هذه الحالة يكون من حق القاضى أن يحكم بالغاء قرار الفسخ (أو الاسقاط) الصادر من الادارة بطريقة غير سليمة وبالتعويض عنه اذا ترتب على القرار اضرار^(٢) .

ولم نجد قضاء لمجلس الدولة المصرى فى خصوص الشرطين الأخيرين .

٣ - ويترتب على صدور قرار الفسخ (أو الاسقاط) نهاية العقد . وبهذا يختلف الاسقاط عن وضع المرفق تحت الحراسة . ونهاية العقد لا تمنى بالضرورة نهاية المرفق العام ، بل للادارة كامل السلطة فى أن تعمل على استمرار المرفق العام اما بأن تديره بنفسها أو بأن تمهد الى ملتزم آخر بتلك الادارة ، مع تحميل الملتزم القديم كافة النفقات التى تترتب على تغيير طريقة الادارة . وهكذا يمكن الجمع بين العقوبات الأخرى ، كالجزاءات المالية التى تتمثل فى فقدان الضمان المالى ، وفى جواز المطالبة بتعويضات عما يترتب على الفسخ من آثار .

ويرجع عادة الى شروط العقد لتصفية الآثار المالية المترتبة على اسقاط الالتزام . وقد أتيح لقسم الرأى مجتمعا أن يصدر فتوى بهذا الخصوص فى ٢ مارس سنة ١٩٥٤ ضمنها بعض المبادئ التى تحكم الآثار المالية لعملية الاسقاط بقوله : « . . . اسقاط الالتزام

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤٤ فى قضية «Ville d'Avallon» المجموعة ص ٢٩٤ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٤ يونية سنة ١٩٢٩ فى قضية «Gautheron» المجموعة ص ٢٩٥ .

يؤثر على قيام حق السلطة الادارية فى تعديل شروط الالتزام اذا قدرت فى الفترة ما بين الامقاط وبين الاعلان عن المزايدة أن انتظام المرفق وحسن سيره تحت ادارة الملتزم الجديد يتطلب ادخال تعديل على الشروط التى يمنح الالتزام على مقتضاها . فاذا ترتب على هذا التعديل مساس بحقوق الملتزم القديم كان على الحكومة تعويضه عن نتائج ذلك . وتطبيقا لهذه القواعد ، فانه اذا كانت حقوق الملتزم القديم تنحصر فى الحصول على قيمة مهمات المرفق وأدواته التى تحدد بالاتفاق بينه وبين الحكومة أو بمعرفة الخبراء ، مما يترتب عليه أن التمويض الذى يحصل عليه الملتزم القديم نتيجة لاسقاط حقه فى الالتزام واولولة معدات المرفق وأدواته الى الملتزم الجديد لا تتوقف قيمته على نتيجة المزايدة بل يحدد مقدما بالاتفاق أو بمعرفة الخبراء ، فان المفروض ألا يؤدى تعديل شروط الالتزام الى مساس مباشر بحقوق الملتزم القديم ، ولكنه قد يؤدى أحيانا الى الاضرار بمصالح الملتزم القديم بطريق غير مباشر ، كما لو كان من شأن الشروط المعدلة احجام المتزايدين عن عرض الثمن الذى قدرت به مهمات الملتزم القديم وأدواته بما يؤدى الى فشل المزايدة ، ففى هذه الحالة يكون للملتزم القديم الحق فى التعويض المناسب .

« إن الملتزم الجديد الذى يرسو عليه المزااد انما يعرض ثمننا مقابل حق استغلال المرفق كحق معنوى قائم بذاته ، ولكنه لا يلزم بدفع ديون الملتزم القديم الذى يكون لأصحابها الرجوع بها عليه بكافة الطرق القانونية بما فى ذلك الحجز على نصيبه من الثمن الذى يرسو به المزااد .. »

« ولما كان الأصل أن الحكومة هى التى تتولى ادارة المرافق العامة ، الا اذا رأت أن تمهد الى ملتزم بإدارتها نيابة عنها ، فانه مما لا شك فيه أن الحكومة تملك فى أى وقت اعفاء الملتزم من مهمته لتتولى هى بنفسها ادارة المرفق . وتطبيقا لهذا الأصل يكون للسلطة مانحة الالتزام دائما استرداد المرفق أثناء قيام الالتزام ، ولو لم ينص على

ذلك في العقد ، لأن حقها في ذلك متصل بالنظام العام ، ولا يختلف الأمر بعد اسقاط الالتزام عنه في أثناء قيامه ، فلا تلتزم الحكومة بأن تبيع المرفق في مزايدة عامة لتأمين ملتزم جديد ، بل يكون لها أن تقرر ادارته بطريق الريجي رجوعاً منها إلى الطريقة الأصلية في إدارة المرافق العامة . وفي هذه الحالة تقدر قيمة التمويض الذي يستحقه الملتزم القديم مقابل الخطوط والمهمات والأدوات بالاتفاق أو بمعرفة القضاء (١)

وفي فتوى القسم الصادرة في ٢٨ يناير سنة ١٩٥٣ (٢) ، يقرر المجلس ، أن للإدارة قبل أن تلجأ إلى عقوبة الاسقاط ، « أن تتخذ من الاجراءات الوقتية ما يكفل استمرار سيره (المرفق) وذلك لحساب الملتزم وتحت مسؤوليته . فان استطاع الملتزم أثناء المدة التي تستمر فيها هذه الاجراءات الوقتية اثبات قدرته على إعادة تسيير المرفق كان بها ، ولا حق للإدارة اسقاط الالتزام لانتهاء حق الملتزم في الاستغلال ثم عرض المرفق وإدارته في المزايدة تمهيداً لمنح حق الاستغلال إلى ملتزم جديد . » ثم انتهى القسم إلى تفصيل فتواه على النحو الآتي :

١ - ان للحكومة اذا شاءت أن تقرر اسقاط التزام منح لشركة تدوير مرفقاً عاماً ، ومصادرة التأمين المدفوع منها ، ويكون ذلك بقرار من مجلس الوزراء ، وذلك دون حاجة إلى اعداز سابق .

٢ - بعد أن يتقرر اسقاط الالتزام تعلن الحكومة عن مزايدة عامة لبيع المرفق ومعداته وإدارته وفقاً لأحكام عقد الالتزام تمهيداً لاختيار ملتزم جديد ، وتشمل المزايدة حق استغلال المرفق في ذاته .

٣ - اذا رأت الحكومة بعد الاسقاط أن المصلحة العامة تقتضي استمرار سير المرفق أثناء المدة التي تستغرقها اجراءات المزايدة ، فتكون إدارة المرفق في هذه الحالة بمعرفة وعلى حسابها وتحت

(١) فتوى قسم الرأى مجتمعا رقم ٧٧ الصادرة في ٢ مارس سنة ١٩٥٤ ، مجموعة فتاوى المجلس ، السنة الثامنة ومتنصف التاسعة ، ص ٥٣ .
(٢) مجموعة الأستاذ أبو شادي ، ص ٧٠ .

مستوليتها حين اتمام المزايدة ، ولها أن تستخدم لهذا الغرض جميع موجودات المرفق » .

على أننا نضيف الى هذه الاحتمالات ، حق الادارة في أن تدير المرفق بنفسها مباشرة ، سواء عن طريق المركزية الادارية بالحاقه بوزارة من الوزارات ، أو عن طريق اللامركزية الادارية بتحويله الى هيئة عامة - والاسقاط بهذا المعنى - كما تقول الجمعية العمومية للقسم الاستشارى فى فتاها الصادرة فى فبراير سنة ١٩٥٨^(١) :
« لا معنى حل الشركة التى تقوم بإدارة المرفق وانقضاء شخصيتها المنسوبة ، وكل ما يعنيه هو أقصاؤها عن إدارة المرفق الذى كانت تديره لحسابها ، وتحت مسئوليتها ، نظرا لما ثبت من عجزها عن ادارته على وجه يحقق الصالح العام » وقد رتبت الفتوى على ذلك نتيجة بالغة الأهمية ، وهى بقاء الذمة المالية للشركة ، « ومن ثم لا يستطيع دائنو الشركة أن يطالبوا غيرها بديونهم ، أو يستوفوا حقوقهم من غير ما لها ، لأن مخاطر إدارة المرفق تقع على عاتق الشركة التى منحت امتيازها ، وعليها وحدها أن تتحمل النتائج المترتبة على هذا الاسقاط » .

ولما كان الاسقاط يتم كعقوبة توقع على الملتزم ، فإنه يتم بلا تمريض . وبهذا يختلف عن الاسترداد « rachats » الذى سوف نعرض له فيما بعد ، اذ يصعبه تمريض دائما .

٤ - والمسلم به فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، أن سلطات القاضى - سواء فيما يتعلق بوسائل الضغط التى تلجأ اليها الادارة فى مواجهة الملتزم أو فيما يخص عقوبة الفسخ - هى سلطات واسعة ، لا فيما يتعلق بمدى الرقابة التى ييسرها على العقوبة من حيث المشروعية والملاءمة فعسب ، ولكن من حيث الحكم الذى يملك أن ينطق به فى مواجهة الادارة . فالقاضى الادارى فى فرنسا - كما هو الحال فى مصر - يستطيع دائما ، وفى جميع الحالات ، أن يحكم

(١) سبقت الإشارة الى هذه الفتوى .

على الادارة بالتعويض اذا ما ثبت بتصرفها الميعب ضررا للمتعاقدين ، ولكن فى مجال عقود الامتياز يستطيع القاضى ايضا أن يحكم بالفناء القرارات الادارية الصادرة بالمعقوبة اذا ما قدر أنها غير مشروعة أو غير ملائمة لجسامة الخطأ . وقضاؤه مستقر فى هذا المعنى (١) .

٢ - § الفسخ فى حالة العقود الأخرى

١ - نص كل من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ، ولائحته التنفيذية على حالات كثيرة يحق للادارة فيها أن تفسخ العقد بمجرد قرار يصدر منها وذلك على النحو التالى :

اولا : من الحالات التى أجاز فيها القانون فسخ العقد بمجرد قرار من الادارة :

١ - المادة ٢٤ من القانون والتى تخول الادارة هذا الحق اذا لم يتم صاحب المطامير المقبول بأداء التأمين النهائى الواجب ايداعه فى المدة المحددة .

٢ - المادة ٢٧ من القانون والتى توجب فسخ العقد ومصادرة التأمين فى ثلاث حالات هى : (أ) استعصال الفسخ أو التلاعب . (ب) الشروع فى رشوة أحد الموظفين . (ج) الافلاس أو الاعسار .

٣ - المادة ٢٨ من القانون ، والتى تخول الادارة فسخ العقد اذا اخل المتعاقد بأى شرط من شروط العقد .

ثانيا : ومن الحالات التى أجازت فيها اللائحة التنفيذية فسخ العقد بقرار من الادارة أيضا :

١ - المادة ٧٤ وقد أشارت الى الحكم المقرر فى المادة ٢٨ من القانون .

(١) راجع حكم المجلس الرئيسى فى هذا الصدد والصادر فى ٣١ مايو سنة ١٩٥٧ فى قضية «Depianque» وقد سبقت الإشارة اليه . وراجع حكمه الصادر فى ١٩ أكتوبر سنة ١٩٢٦ فى قضية «Ville de st. Etienne» المجموعة ص ٩١١ ، وفى ٢١ يناير سنة ١٩٤٤ فى قضية «Société d'entreprises» المجموعة ص ٢٣ . =

٢ - المادة ٧٦ من اللائحة والتي تجيز للإدارة فسخ العقد إذا توفى المتعهد أو المقاول .

٣ - المادة ٨٢ من اللائحة والتي تجيز للسلطة المختصة فسخ العقد إذا أخل المقاول بأى شرط من شروط العقد أو أغفل الوفاء بأحد التزاماته المقررة بشرط إخطاره بخطاب موصى عليه بملم الوصول ومنحه مهلة خمسة عشر يوما لإصلاح خطئه .

٤ - الفقرة ب من المادة ٩٢ من اللائحة والتي تقرر هذا الجزاء فى حالة تأخر التعاقد فى توريد الأصناف التى تعاقد على توريدها .

٧ - والمسلم به - وفقا للمبادئ الأساسية فى العقود الادارية - أن تلك الحالات قد وردت على سبيل التمثيل لاعلى سبيل الحصر ، لأن للإدارة حقاً أصيلاً فى فسخ العقود الادارية إذا أخل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية ، إخلالاً يستلزم هذه العقوبة الصارمة . وهنا أيضاً يتطلب مجلس الدولة الفرنسى الشروط التالية للسماح بتوقيع عقوبة الفسخ :

(٢) الخطأ الجسيم (une faute grave) : وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسى خطأ جسيماً يبرر الفسخ ، إهمال المتعاقد للأعمال أو وقف التوريد^(١) والتنازل عن العقد أو التعاقد بشأنه دون إذن سابق من الإدارة^(٢) والتجاء المتعهد الى الفسخ^(٣) ، أو تسليمه بضائع

= ويستطيع مجلس الدولة الفرنسى أن يجمع بطبيعة الحال ، بين الإلغاء والتمويض .
راجع على سبيل المثال حكمه الصادر فى ١٤ يونية سنة ١٩٣٩ فى قضية «Gautheron» المجموعة ص ٣٩٥ .

(١) حكمه الصادر فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ فى قضية «Lorfeld» المجموعة ص ٩٩١ ، وفى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٥٢ فى قضية «Macquart» المجموعة ص ٥٢٧ .

(٢) حكمه فى ٢٣ يناير سنة ١٩٥٢ فى قضية «Compagne» مجلة القانون العام سنة ٦٩٥٢ ، ص ٥٢٧ .

(٣) حكمه فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ فى قضية «Monnet» المجموعة ص ١١٢٤ .

ردئية^(١) ، أو امتناع المتعاقد عن تنفيذ الأوامر التي تصدرها الإدارة اليه^(٢) . . . الخ .

ومما يلاحظ في هذا الصدد ، أنه إذا قرر المشرع جزاء الفسخ خطأ معين ، فليس للقضاء أن يعقب على ذلك . وبالتالي فإن الحالات التي ذكرها القانون أو اللائحة - والتي تقرر فيها الفسخ كجزاء وجوبى أو اختياري للإدارة - تكون بمنجاة من رقابة القضاء من حيث الملازمة لا المشروعية بطبيعة الحال^(٣) .

(ب) ويشترط مجلس الدولة الفرنسي هنا الاعذار أيضا قبل توقيع جزاء الفسخ^(٤) ، إلا إذا نص المقعد على خلاف ذلك^(٥) . أو إذا كانت عقوبة الفسخ نتيجة لاجراء من اجراءات الضغط ، وكان هذا الاجراء الأخير قد سبقه اعذار بطبيعة الحال^(٦) .

أما في مصر فإن المشرع لم يجعل الاعذار وجوبيا في جميع الحالات .

٣ - والفسخ هنا يوقع بقرار من جانب الإدارة ، دون حاجة الى الالتجاء الى القضاء ، بعكس ما ذكرناه في خصوص عقد الامتياز . وهذا المعنى واضح في جميع النصوص التي ذكرناها ، والتي أوردها القانون أو لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة .

٤ - ورقابة القاضي هنا أيضا واسعة ، تشمل مشروعية العقوبة وملاءمتها خطأ المتعاقد . ولكن ما مدى سلطاته في مواجهة الإدارة ؟

(١) حكمه في ٤ مايو سنة ١٩٢٨ في قضية «Champion» المجموعة ص ٥٥٩ .
(٢) حكمه في ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٩ في قضية «Ville de Bordeaux» المجموعة ص ٧٥٩ .

(٣) حكمه في ١٨ أكتوبر سنة ١٩٣٥ في قضية «Pasquelin» المجموعة ص ٩٥٢ .
(٤) حكم المجلس الصادر في ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٢ في قضية «Bouysso» ص ٩١٢ . وفي ٢٣ يناير سنة ١٩٥٢ في قضية «Commune de Saint-Remy» المجموعة ص ٤٩ .

(٥) حكم المجلس في ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٢ في قضية «Bouysso» المجموعة ص ١٢١٦ .

(٦) حكم المجلس في ٢٦ مايو سنة ١٩٣٠ في قضية «Thibon» المجموعة ص ٥٧٢ .

رأينا أن سلطات مجلس الدولة في مجال عقود الامتياز تشمل الالغاء والتمويض مما - ولكن مجلس الدولة الفرنسى وقف هنا موقفا وسطا فيما يتعلق بمقد الأشغال العامة على الأقل ، فهو يجرى في خصوصه على الاكتفاء بالحكم بالتمويض اذا وقعت الادارة عقوبة غير سليمة على المكاول في مجال وسائل الضغط والفسخ ، بمعنى أنه اذا لجأت الادارة الى اجراء من هذين الاجرامين ، فان مجلس الدولة الفرنسى يمتيره نهائيا ، ولكنه يعوض عنه - وقضاؤه في هذا الصدد مستقر - نذكر منه على سبيل المثال حكمه الصادر في ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٤ في قضية «Pioc»^(١) وقد جاء فيه :

«Le juge de contestations relative aux travaux public n'a pas le pouvoir de pronocer l'annulation des mesures prises par le maître de l'ouvrage envers l'entrepreneur ; il lui appartient seulement de rechercher si ces actes sont intervenus dans des conditions de nature à ouvrir au profit de celui-ci un droit à indemnité».

ولعل تمييز مجلس الدولة الفرنسى بي عقد الامتياز من ناحية ، وبين عقد الأشغال العامة من ناحية أخرى ، يرجع الى ضخامة الأموال التي تنفق في حالة عقد الامتياز كما ذكرنا ، والى أن عقد الامتياز يخول الملتزم سلطات خاصة فيما يتعلق بالمرفق العام ، تجعله جديرا بالرعاية - ولكن الواقع أن الاعتبارات السابقة قد تصدق على المكاول في الأشغال العامة ، فمن يتقدم لانشاء كوبرى على النيل ، أو سد ضخ أو توليد الكهرباء من سد مقام فعلا ... الخ لا يقل من حيث درجة صلته بالمرفق العامة والصالح العام ، عن ملتزم توريد المياه أو النور أو تسيير عدد من سيارات الأتوبيس ! ولهذا فائنا نعتقد أن قضاء مجلس الدولة السابق ، ان هو الا مرحلة من مراحل تطوره -

وعلى أية حال ، فائنا لم نجد قضاء لمجلس الدولة المصرى في هذا الصدد ، وان كان حكمه الصادر في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (في

(١) المجموعة ص ٦٩ ، ومن أحكامه القديمة حكمه الصادر في ١٩ مايو سنة ١٩٠٥ في قضية «Zottier» المجموعة ص ٤٤٤٧ ، وفي ٢٧ يناير سنة ١٩٢٢ في قضية «de la loi» المجموعة ص ٦٦ .

القضية رقم ٢٨٤ لسنة ٨ قضائية وقد سبقت الاشارة اليها) قد
النى قرارات تتعلق بمصادرة التأمين المقدم من المقاول ، كما أنه
حكم بإلغاء القرار الصادر من الادارة بالاستيلاء على أدوات المقاول
ومهامه الموجودة بمحل العمل وهو وسيلة من وسائل الضغط لا شك
فيها . ونحن لا نحبذ التفرقة التي يسير عليها مجلس الدولة الفرنسى
فى التمييز بين عقد الامتياز وسائر العقود ، ونفضل التسوية بين
جميع العقود الادارية فى هذا الصدد . وهو ما يميل اليه حكم مجلس
الدولة المصرى السابق .

٥ - وفسخ العقد يترتب عليه انتهاء الرابطة العقدية بين الادارة
والمتعاقدين . ولكن مجلس الدولة الفرنسى يميز بين نوعين من
الفسخ :

أولا - الفسخ المجرد : (La résiliation aux torts pure et simple)
وهنا تنتهى الرابطة التعاقدية ، ويكون للادارة توقيع غرامات
التأخير ، أو المطالبة بالتعويضات عن الأضرار التى تلحق الادارة
نتيجة لفسخ العقد خطأ المتعاقدين .

ثانيا - الفسخ على مسئولية المتعاقدين (La résiliation aux torts
et risques du cocontractant)
ونتائج هذا النوع من الفسخ أشد
وأقسى من النوع الأول ، لأن الادارة لا تكتفى بالتعويض عن فسخ
العقد الأول ولكنها تحمل المتعاقدين نتائج العقد الجديد .

ويكون الفسخ فى هذه الصورة ، مصحوبا بإعادة طرح الأشغال
فى مناقصة عامة على حساب المقاول المقصر فى عقد الأشغال
العامة (Résiliation du marché de travaux publics avec réadjudication
la folle enchère de l'entrepreneur) ويجرى مجلس الدولة الفرنسى
فى هذه الحالة على عدم السماح بالالتجاء الى هذه الصورة الا اذا نص
عليها فى العقد أو فى دفتر الشروط^(١) .

(١) حكم المجلس الصادر فى ٥ يونية سنة ١٩٥٠ فى قضية «Sté française de
construction» المجموعة ص ٤١٦ . وفى هذه القضية كان دفتر الشروط ينص
على الفسخ المجرد فى حالة الافلاس ، فلبات الادارة الى وسيلة الفسخ على مسئولية =

ولما كان موقف المفاوض في هذه الصورة لا يمكن أن يتضح الا بعد معرفة نتيجة المناقصة الجديدة ، فإنه لا يستطيع أن يطالب بثمن الأعمال التي نفذها ، أو باسترداد التأمينات المقدمة منه ، الا بعد معرفة النتائج المالية لعملية الارساء الجديدة^(١) .

وبالرغم من التسمية السابقة ، فإن الادارة ليست ملزمة بأن تلجأ الى طريقة المناقصات العامة ، في العقد الجديد ، بل لها أن تختار طريقة التعاقد عن طريق الممارسة . ولكنها اذ لجأت الى هذا الطريق الأخير ، فيتمتع عليها أن تراعى عدم الاضرار بالتعاقد القديم ، باختيار أفضل الشروط المالية . وتخضع الادارة لرقابة القضاء في هذا الصدد^(٢) .

أما في حالة عقد التوريد ، فيكون الفسخ مصحوباً باعادة الشراء على حساب المورد المقصر :

«Résiliation du marché de fourniture avec passation d'un nouveau marché par défaut».

ويخضع الفسخ في هذه الحالة للأحكام السابقة ، اللهم الا فيما يتعلق بحق الادارة في الالتجاء الى الشراء على حساب المورد المقصر ، دون حاجة لفسخ العقد الأصلي . وتكون هذه الطريقة بمثابة وسيلة من وسائل الضغط .

وكل هذه الأحكام هي مجرد تطبيق للقواعد العامة . ومن ثم يمكن الأخذ بها في مصر ، مع ملاحظة أن القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية في المواد التي سبق أن استعرضناها ، قد نصا أحياناً على الفسخ المجرد وأحياناً خيراً الادارة بين الالتجاء الى الفسخ المجرد أو التنفيذ على حساب المتفاد المقصر .

= التعاقد ، فلم يقرها المجلس على ذلك ، قائلاً بخصوص هذه الوسيلة الأخيرة :
«Elle est une mesure incompatible avec la résiliation pure et simple du marché entraînée par la faillite».

(١) أحكام المجلس مستقرة ، منها على سبيل المثال حكمه الصادر في ١٣ فبراير سنة ١٩٤٢ في قضية «Les Limousins de Paris» المجموعة ص ٥٢ .
(٢) حكم المجلس الصادر في ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٠ في قضية «Worms» المجموعة ص ٩٠٣ ، وفي ١٤ مارس سنة ١٩٢٨ في قضية «Sagnés» المجموعة ص ٣٥٨ .

الفرع الرابع الجزاءات الجنائية

١ - يحكم هذا الموضوع ، الأصل العام ، والذي يقضى بأنه لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على نص . وبالتالي فانه لا يجوز للادارة كقاعدة عامة ، أن توقع عقوبات جنائية (des sanctions pénales) على المتعاقدين معها مهما كانت جسامة المخالفات التي يرتكبونها . ومع التسليم بأن الادارة تستطيع أن تضمن عقودها شروطا استثنائية وغير مألوفة - على النع والذى فصلناه فى القسم الأول من هذا المؤلف - فان تلك الشروط لا يمكن أن تصل الى حد النص على تخويل الادارة توقيع عقوبات جنائية على المتعاقد . ذلك أن تلك الشروط ، حتى ولو قبلها المتعاقد ، تعتبر باطلة لمخالفتها للنظام العام . ومن ثم ، فاذا كانت الادارة تستطيع فى بعض الحالات الاستثنائية أن توقع عقوبات جنائية على المتعاقد المقصر ، فان مرجع ذلك الى نصوص القوانين واللوائح التى تملك وحدها انشاء مثل هذا الجراء .

٢ - ولكن غالبا ما تمارس الادارة سلطة توقيع العقوبات الجنائية على المتعاقد المقصر ، لا بصفتها طرفا فى العقد ، ولكن بصفتها سلطة عامة . وأهم مجال لهذا الاستعمال هو سلطة البوليس . فالادارة تستطيع - فى مصر وفى فرنسا وفى معظم دول العالم - أن تصدر لوائح بوليس ، وأن تضمن تلك اللوائح عقوبات جنائية فى الحدود المتعرف بها^(١) . واذا خالف المتعاقد - أو أى مواطن آخر - الالتزامات المقررة بمقتضى تلك اللوائح ، فانه يتعرض للعقاب الجنائى .

ولكن من الناحية الأخرى ، ليس للادارة أن تستعمل سلطات البوليس استعمالا منحرفا (détourné) بقصد اجبار المتعاقد على الوفاء

(١) فى التفاصيل ، مؤلفنا « النظرية العامة للقرارات الادارية » المرجع السابق فى موضوع اللوائح .

بالتزاماته التعاقدية . ومن ثم فانها لا تستطيع مثلا أن تضيف صفة لائحة البوليس على دفتر من دفاتر الشروط ، كما أنها لا تستطيع أن تصدر لائحة بوليس لا تستهدف من ورائها الا اجبار التعاقد على التنفيذ . . . الخ وكل هذه المحاولات يقضى عليها مجلس الدولة الفرنسى باستمرار^(١) ولا شك فى أن ذات المبادئ تطبق فى مصر . أما اذا استعملت الادارة سلطة البوليس استعمالا سليما ، فان من حقها أن توقع على التعاقد الجزاءات المقررة ، سواء استعملت الادارة سلطات البوليس العام أو البوليس الخاص كبوليس السكة الحديد . أو الغابات أو الآثار . . . الخ^(٢) .

هذا ونجد أن المادة ٧٧ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة قد فرضت على المقاول اتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية كما جعلته مسئولا عن « حفظ النظام بموقع العمل ، وتنفيذ أوامر جهة الادارة بابعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الفسح أو يخالف أحكام هذه الشروط . ويلتزم المقاول أيضا باتخاذ كل ما يكفل منع الاصابات أو حوادث الوفاة للعمال أو أى شخص آخر أو الاضرار بممتلكات الحكومة أو الأفراد . وتعتبر مسئوليته فى هذه الحالات مباشرة دون تدخل لجهة الادارة » .

وفى حالة اخلاله بتلك الالتزامات يكون لجهة الادارة الحق فى تنفيذها على نفقته » . وقد وردت أحكام مماثلة فى المادة ٨٨ من لائحة المناقصات والمزايدات الملغاة .

(١) حكمه الصادر فى ٥ يناير سنة ١٩٢٤ فى قضية (Sté industrielle du gaz) مجموعة سبرى ، سنة ١٩٢٦ ، القسم الثالث ، ص ٣٣ مع تعليق هوروي ، ومنشور أيضا فى مجموعة دالوز سنة ١٩٢٦ ، القسم الثالث ، ص ٤٥ مع تعليق لفالين . حكمه فى ٢ يونيو سنة ١٩٢٦ فى قضية (Randon et Rimbart) ، المجموعة ص ٦٧٧ ، وفى ١٩ مارس سنة ١٩٣٠ فى قضية (Sté toulousaine de Basacle) المجموعة ص ٣١٢ .

(٢) حكم المحكمة الصادر فى ٢ يونيو سنة ١٩١٧ فى قضية (Cie générale des eaux) المجموعة ص ٤٩٢ وفى ٤ نوفمبر سنة ١٩٣١ فى قضية (Cie des omnibus de Lyon)

٣- وقد يخول المشرع الادارة بنص صريح ، حق تنظيم مرفق يدار عن طريق الامتياز ، مع وضع عقوبات معينة للاخلال بالقواعد المقررة بمقتضى التنظيم الذى تقرره الادارة . وحينئذ يكون للادارة توقيع العقوبات على الملتزم اذا لم يحترم التنظيم المقرر . ومن ذلك التشريعات التى كانت تحكم السكك الحديدية فى فرنسا قبل تأميمها^(١) .

وأهداف التنظيم هنا ، غير تلك المتعلقة بأغراض البوليس ، وهى الصحة أو السكينة أو الأمن ، والتى تملك الادارة أن تصدر من اللوائح ما يلزم لتحقيقها دون حاجة الى نص خاص على الرأى الراجح . فالادارة مثلا تستطيع أن تحدد سرعة السيارات التى يستعملها الملتزم ، وعدد الركاب فى كل عربة أو تحرم الوقوف على سلم العربات ، أو وقوفها فى غير المواقف المحددة لها . . . الخ عن طريق سلطة البوليس . ولكنها لا تستطيع أن تتدخل فى التنظيم الداخلى للمرفق الا بمقتضى نص خاص يخولها تلك السلطة صراحة^(٢) .

٤- وقد ينص فى القوانين على اعتبار خطأ معين من أخطاء التماقد جريمة يعاقب عليها جنائيا . ومن أشهر الأمثلة على ذلك المادة ١١٦ مكررا (ج) من قانون العقوبات والتى تنص على أن « كل من أخل عمدا بتنفيذ كل أو بعض الالتزامات التى يفرضها عليه عقد مقاوله أو نقل أو توريد أو التزام أو شغال عامة ارتبط به مع إحدى الجهات المبيئة فى المادة ١١٩^(٣) ، أو مع إحدى شركات المساهمة ،

(١) قانون سنة ١٨٤٢ وسنة ١٨٤٥ فى فرنسا ، وحكم المجلس الصادر فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٧ فى قضية « grandes compagnies » وقد سبقت الإشارة اليه .

(٢) وكل ذلك فى مجال انشاء عقوبات جنائية . ولكن لا يمس سلطات الادارة العامة فى تنظيم المرفق المدار عن طريق الامتياز على النحو الذى شرحتنا فى موضعه من هذا المؤلف .

(٣) تنص المادة ١١٩ المصار إليها على ما يلى : « يقصد بالأموال العامة فى تطبيق أحكام هذا الباب ما يكون كله أو بعضه مملوكا لأحدى الجهات الآتية أو خاضعا لأمرائها أو لإدارتها :

(م ٣٦ - العقود الإدارية)

وترتب على ذلك ضرر جسيم أو إذا ارتكب أى غش فى تنفيذ هذا
المقد ، يعاقب بالسجن ، وتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو
المؤقتة إذا ارتكبت الجريمة فى زمن حرب ، وترتب عليها اضرار
بمركز البلاد الاقتصادى أو بمصلحة قومية لها .

وكل من استعمل أو ورد بضاعة أو مواد مغشوشة أو فاسدة
تنفيذا لأى عقد من العقود سالفة الذكر ، ولم يثبت غشه لها أو علمه
بغشها أو فسادها يعاقب بالحبس والغرامة التى لا تتجاوز ألف جنيه أو
أحدى هاتين العقوبتين ، وذلك مالم يثبت أنه لم يكن فى مقدوره
العلم بالغش أو الفساد ، ويحكم على الجانى بغرامة تساوى قيمة
الضرر المترتب على الجريمة ، ويعاقب بالمقوبات سالفة الذكر على
حسب الأحوال ، المتعاقدون من الباطن والوكلاء وللوسطام إذا كان
الاخلال بتنفيذ الالتزام أو الغش راجعا الى فعلهم » .

وواضح من استعراض هذه المادة أنها تكاد تغطى جميع المخالفات
المسيمة التى يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقود الادارية بمبناها
الفنى ، بل وغيرها من العقود ذات الأهمية الخاصة ، ولو فى مجال
القانون الخاص .

وقد تطلب المشرع لكى يصبح الخطأ التعاقدى جريمة جنائية وفقا
للنص المشار اليه أن يعتمد المتعاقد الاخلال بالتزاماته المستمدة من
المقد ، وأن يترتب على الاخلال ضرر جسيم ، أو أن يلجأ الى استعمال
الغش فى تنفيذ التزاماته العقدية ، بل استغنى المشرع عن القصد
الجنائى فى بعض عقود التوريد بالشروط المقررة فى المادة .

هذا وتذكر بنص الفقرة الثانية من المادة ٢٧ من القانون رقم
٩ لسنة ١٩٨٣ والتى تنص صراحة على أنه اذا لجأ المتعاقد الى الرشوة ،

= ١ - الدولة و وحدات الادارة المحلية . ب - الهيئات (المؤسسات) العامة
و وحدات القطاع العام . ج - الاتحاد الاشتراكي والمؤسسات التابعة له .
د - النقابات والاتحادات . هـ - المؤسسات والجمعيات الخاصة ذات النفع العام .
و - الجمعيات التعاونية . ز - الشركات والجمعيات والوحدات الاقتصادية والمنشآت
التي تساهم فيها إحدى الجهات المتخصص عليها فى الفقرات السابقة . ح - أية
جهة أخرى ينص على اعتبار أموالها من الأموال العامة .

سواء بنفسه أو بواسطة غيره ، بطريق مباشر أو غير مباشر فهنا يعاقب المتعاقد جنائياً ، كما يفسخ العقد ادارياً •

وفى جميع الحالات التى يتعرض فيها المتعاقد للمقوبات الجنائية ، على الادارة أن تلجأ الى الطريق المقرر لتوقيع تلك المقوبات ، فلا توقمها بنفسها الا اذا كان القانون يسمح بذلك ، كما أن الجرائم الجنائى مستقل عن سلطة الادارة المسندة من المقد •

البَابُ الثَّالِثُ

حقوق المتعاقد في مواجهة الادارة

يقوم هذا الموضوع على أساسين هامين هما :
أولا : أن المتعاقد انما يستمد حقوقه والتزاماته من العقد
الادارى .

ثانيا : أن المتعاقد هو انسان يسمى الى الربح .
واذا كان اتصال العقد بالمرفق العام ، قد لطف من حدة القواعد
المدنية التى تحكم الالتزامات التعاقدية ، على النحو الذى رأيناه
تفصيلا فيما سبق ، فان مجلس الدولة الفرنسى قد عمل - من ناحية
أخرى - على أن يقرر للمتعاقد من الحقوق ما يوازن سلطات الادارة
المخطئة ، حتى لا تؤدى تلك السلطات الى تهيب الأفراد فى الاقدام على
التعاقد مع الادارة فتفقد الادارة بذلك وسيلة من أنجع الوسائل فى
تسيير المرافق العامة .

ومن ثم فاننا ندرس هذا الموضوع على الترتيب التالى :
أولا : حق المتعاقد فى أن تحترم الادارة التزاماتها العقدية .
ثانيا : حق المتعاقد فى الحصول على المقابل المالى المتفق عليه فى
العقد .

ثالثا : التوازن المالى للمقد ومبدأ التمويل بلا خطأ .

الفصل الأول

حق المتعاقد فى أن تحترم الإدارة التزاماتها العقدية

يولد العقد الإدارى فى مواجهة الإدارة التزامات عقدية ، يترتب على مخالفة الإدارة لها جزاء يكون من حق المتعاقد المطالبة بتوقيعه • ونعرض فيما يلى باختصار ، لبيان مدى التزام الإدارة بالعقد الإدارى ، وجزاء مخالفتها لالتزاماتها العقدية •

الفرع الأول

مدى التزام الإدارة بالعقد

١ - رأينا فيما سبق أن الإدارة تستطيع بإرادتها المنفردة أن تفرض على المتعاقد معها تعديل بعض شروط العقد الإدارى ، وأنها تملك أن تتحكم فى التزاماته التعاقدية - الى حد ما - بالنقص أو الزيادة • فهل معنى ذلك أن العقد الإدارى يلزم الأفراد ولا يلزم الإدارة^(١) ؟ ذلك ما لا يمكن التسليم به والا لأهدرنا فكرة العقد الإدارى من أساسها • فالمتعاقدان فى العقد الإدارى قد لا يكونان على قدم المساواة (Le contrat administratif n'est pas un contrat égalitaire) ولكن العقد الإدارى ملزم للإدارة وللأفراد فى الحدود التى تتفق وطبيعة الروابط الإدارية •

٢ - وإذا كان للإدارة حق التحرر من التزاماتها التعاقدية فى بعض الحالات ، كما رأينا ، وكما سنرى ، فإن سلطة الإدارة فى هذا الخصوص ليست سلطة مطلقة ، تمارسها وفقاً لمحض اختيارها وترخصها ، ولكنها سلطة محددة ، لا تمارس الا اذا توافرت شروط

(١) راجع الاجابة عن هذا التساؤل ، فى مقال الفقيه «L'Huillier» بعنوان

«Les contrats administratifs tiennent ils lieu de loi à l'administration ? »

منشور فى : (D. chron. 1953 p. 87)

معينة ، ويقصد تحقيق أهداف مخصصة • ولم يسلم مجلس الدولة في فرنسا وفي مصر للإدارة بتلك السلطة الخطيرة الا بقصد تمكين الإدارة من تحويل العقد بما يجمله ملائما للصالح العام •
«L'adaptation du contrat aux exigences de l'intérêt général».

ولكن تلك السلطة لا تعنى بأى حال من الأحوال عدم التزام الإدارة بمقودها •

٣ - وأول التزامات الإدارة في هذا الصدد ، أن تعمل على تنفيذ العقد بمجرد إبرامه من السلطة المختصة ، مع مراعاة طبيعة العقد^(١) . وبالتالي لا يحق للإدارة أن تفسخ العقد لمجرد التحلل مما يفرضه عليها من التزامات ، والا تعرضت للمسئولية التعاقدية كما سنرى^(٢) . وذلك مع مراعاة حق الإدارة في انهاء العقود الادارية - بمعناها الفني - اذا اقتضى الصالح العام ذلك ، وعلى التفصيل الذى سوف نقدمه فى القسم الرابع والآخر من هذا المؤلف •

٤ - ولا يكفى أن تنفذ الإدارة العقد ، وانما يمتنع عليها عند تنفيذه احترام كافة الشروط الواردة به ، لا فيما يتعلق بالالتزامات الأصلية فحسب ، ولكن فيما يتعلق بكافة الالتزامات • بل لقد أشارت المحكمة الادارية العليا فى هذا المقام الى المادة ١٤٨ مدنى التى توجب تنفيذ العقود طبقا لما اشملت عليه (حكمها الصادر فى ١١ أبريل سنة ١٩٧٠ ، س ١٥ ص ٢٦٤) • ومن أكثر الشروط التى تعرض لها مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد ، شرط عدم

(١) وذلك لأن من عقود الإدارة ما لا تلتزم بتنفيذه بعد إبرامه الا اذا رأت أن الصالح العام يقتضى هذا التنفيذ ، كما هو الشأن فى عقد طلب تقديم المساومة (L'offre de concours) كما رأينا عند دراسة هذا العقد •

(٢) قضاء مجلس الدولة الفرنسى مستقر فى هذا الصدد : راجع حكمه الصادر فى ٢٥ يوليو سنة ١٩٣٩ فى قضية (Heyem) المجموعة ص ٥٢٨ ، ويتضح بأن الإدارة لا تستطيع أن تتخلص من التزاماتها المولدة من عقد التوريد الذى إبرمه ، وفى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٩ فى قضية (Secr. d'Etat aux communications) المجموعة ص ٣٢٨ • ويتعلق بالتزام الإدارة بتنفيذ عقد أشغال عامة • وحكمه الصادر فى ٢٣ يناير سنة ١٩٥٢ فى قضية (Commune de Saint-sur-ave) المجموعة ص ٤٩ •

المنافسة (Le privilège d'exclusivité) ^(١) ، الا اذا تغيرت الظروف ، وتطلبت مقتضيات الصالح العام ، خروج الادارة على هذا الشرط ، كما فى حالة تغير الوسيلة الفنية فى اشباع الخدمة العامة ، كاستعمال الكهرباء فى الاضاءة بدل الغاز ، أو الأتوبيس محل الترام . الخ على النحو الذى ذكرناه . ولقد أتيح لمحكمة القضاء الادارى المصرية أن تؤكد المبدأ السابق فى حكمها الصادر فى ١١ مارس سنة ١٩٥٦ حيث تقول « متى كان الثابت أن الترخيص الممنوح لاستغلال مبنى المقصف بالميناء الجوى ، انما يستهدف غرضاً أساسياً ، وتنصب أحكامه وينوده على هذا الفرض ، وهو خدمة ركاب الترانسيت العابرين ، فإن الحكومة اذا عمدت الى انشاء مقصف آخر لهذا الفرض ، وعهدت باستغلاله للملتزم آخر ، فانها تكون بذلك قد حالت من جهتها بين الملتزم الأول وبين تنفيذ التزاماته التى يتضمنها ترخيصه مغالفة بذلك ما يجب عليها قانوناً من احترام شروط الترخيص ، وما تفرضه عليها المبادئ القانونية العامة من التعاون فى تنفيذه ، ومن عدم وضع العقبات والمنافسات فى سبيله أو زيادة أعبائه وتكاليفه ، وذلك طالما أنه لم يقم بسبب من الأسباب التى تبرر سحب الترخيص أو الفناء أو انهاءه ، وبذلك تلزم بتعويض المرخص له نظير ما أصابه من أضرار من جراء مخالفتها لمبادئ الترخيص وشروطه » ^(٢) .

ولكن التزام الحكومة - بمقتضى عقد الامتياز بعدم الترخيص بكازينوهات مماثلة - تسقط فى حالة عدم قيام الشركة صاحبة الامتياز بتنفيذ التزاماتها باقامة المنشآت المبنية بالمقد ، ويجوز للحكومة الترخيص باقامة منشآت مماثلة فى المناطق المحددة .

٥ - ويجب على الادارة أن تنفذ التزاماتها المقدية بطريقة سليمة (Obligation d'exécuter correctement) ، وهذا لا يقتضى أن تلتزم

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢١ أبريل سنة ١٩٥٠ فى قضية (Nuncio) المجموعة ص ٢٣١ .

(٢) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة العاشرة ص ٢٣٩ .

الاعتبارات الفنية المسلم بها وفقا لطبيعة العقد فحسب ، ولكن يجب عليها أيضا أن تحترم مقتضيات حسن النية^(١) .
(L'obligation d'exécuter de bonne fois)

وهذا المبدأ أكدته المحكمة الادارية العليا ، في حكمها الصادر في ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٧ حيث تقول : « أن العقود تنضج لأصل عام من أصول القانون ، يقضى بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، وهذا الأصل يطبق في العقود الادارية ، شأنها في ذلك شأن العقود المدنية » . فاذا ثبت أن البضاعة الموردة تتفق مع المواصفات في التركيب ، وأن الشوائب اللاحقة بها لا تؤثر على صلاحيتها للاستعمال ، فلم يكن ثمة ما يحول - تطبيقا لمبدأ تنفيذ العقود بحسن نية - دون قبول هذه الكميات الموردة »^(٢) .

٦ - والأصل أن تنفذ الادارة العقد كله (L'obligation pour l'admi nistration d'exécuter le contrat integralement) وإذا كان للادارة الحق في أن تنقص الكمية المتعاقدة عليها أو أن تزيد فيها ، فإن ذلك منوط بتوافر الشروط التي ألمعنا اليها عند تصدينا لدراسة هذا الموضوع . أما فيما عداها ، فإنه من اللازم أن تمكن الادارة المتعاقدة من تنفيذ التزاماته بتمامها . وتطبيقا للمبدأ السابق ، لا يجوز للادارة ، بغير خطأ أو تقصير من المتعاقدة ، أن تسحب جزءا من العملية لمتعهد به الى متعهد آخر ، أو أن تنفذ العمل بنفسها ، فتعول بذلك بين المتعاقدين وبين تنفيذ التزاماته العقدية . . الخ^(٣) .

(١) حكم المجلس الصادر في ٩ يناير سنة ١٩٤٨ في قضية (Syndicat du canal de Mokta Markoud) المجموعة ص ١٣ وحكمه في ٢٣ يناير سنة ١٩٥٣ في قضية (Compagnie) المجموعة ص ٧٧٣ .
(٢) مجموعة أحكام المحكمة العليا ، السنة الثانية ، ص ٩٣٧ .
كما أن محكمة القضاء الاداري تقرر في حكمها الصادر في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٢ (السنتان ١٢ و ١٣ ص ٣٤) أن على الادارة عند توقيع الغرامات المالية ، أن تراعى تناسبها مع درجة الاخلال بالالتزامات « ... تحقيقا لمبدأ العدالة التي ينبغي أن تكون رائدة الجهات الادارية في تنفيذ مقودها الادارية »
(٣) حكم المجلس في ٦ مايو سنة ١٩٢١ في قضية (Sous secr. d'Etat aux Finances G. Bayon) المجموعة ص ٤٩٠ وفي ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ في =

كما أنه لا يحق لها - دون سبب هام يتعلق بمقتضيات الصالح العام - أن توقف تنفيذ العقد ، فترفض مثلا تسلم باقى البضائع المتفق على توريدها ، أو توقف العمل فى المشروع المتفق على تنفيذه ولو لم تنفذه بنفسها أو تمهد به الى غير المتماقد^(١) .

٧ - وتلتزم الادارة باحترام المدد المقررة فى العقد أيضا .
وإذا كان الأصل أن المدد المقررة فى العقود الادارية يقصد بها عادة المتماقدون مع الادارة ، وبهذا المعنى لا تكون ملزمة الا لهم ، فانه يحدث أن ينص فى العقد صراحة على أن المدة ملزمة للادارة كما هى ملزمة للمتماقد معها ، وحينئذ يتمين على الادارة احترام المدد المحددة للتنفيذ . وهذه الحالة لا صعوبة فيها .

ولكن يحدث أن يرد شرط المدة عاما ، أو يجيء العقد خاليا من تحديد مدد للتنفيذ . وفى هذه الحالة يقرر مجلس الدولة الفرنسى أن ثمة مددا معقولة لتنفيذ العقد (une durée normale d'exécution du marché) وبالتالى فانها لا تستطيع أن تتسبب بتصرفها فى اطالة مدد التنفيذ الى ما يجاوز الحد المقبول دون أن تعرض نفسها للمسئولية . ويحدد مجلس الدولة الفرنسى « المدة المعقولة » للتنفيذ بمراعاة ظروف العمل المطلوب تنفيذه ، ومدى كفاية الشركة المتماقدة أو المقاول^(٢) .

= قضية (Amaureux) المجموعة ص ١١٢٥ ، وفى ٢١ أبريل سنة ١٩٤٣ فى قضية (Sté ouvrier des carrières) المجموعة ص ٤١٥ .

(١) حكم المجلس فى ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ فى قضية « Barrés » المجموعة ص ٨٩ ، وفى ٣ أكتوبر سنة ١٩٥١ فى قضية « Sté. Citroën » المجموعة ص ٥٠٤ .
(٢) حكم المجلس الصادر فى ٧ فبراير سنة ١٩٥١ فى قضية « Ville de Paris » المجموعة ص ٧٦ حيث يقول : -

« Si le marché ne fixe expressément aucune date pour l'achèvement des travaux, ses dispositions n'ont pas eu pour effet de conférer audit marché une durée indéfinie ; dès lors c'est à bon droit que le Conseil de préfecture a estimé que les parties avaient envisagé une date limite pour l'achèvement des travaux, correspondant à leur durée normale d'exécution ; la durée normale d'exécution des travaux, déterminée en égard aux capacités de cette société et à la durée d'exécution d'ouvrages analogues impliquait leur achèvement avant le mois de juin 1936 ... Dans ces conditions la prolongation des travaux est entièrement imputable à l'administration. »

ولا يتمين احترام المبدأ السابق فيما يتعلق بالمدة الاجمالية لتنفيذ المقعد فحسب ، بل انه يسرى أيضا على المدد المخصصة لتنفيذ الالتزامات الجزئية الواردة فى المقعد . ومثال ذلك واجب الادارة فى احترام المدد المقررة لبدء التنفيذ ، كموعده تسليم الموقع للمتزم الأشغال العامة والمدد المحددة لتسديد الثمن بالنسبة لما ينقذ من الأعمال أو ما يورد من بضائع . . الخ .

٨ - وأخيرا فان الادارة ملزمة باحترام العقد ككل ، بمعنى أنها لا تستطيع دون أن تعرض نفسها للمسئولية ، أن تقوم بأى عمل يتعارض مع صفتها كمتعاقدة ، أو يعرض المتعاقد معها لأعباء ومتاعب فى تنفيذه لالتزاماته المقدية . ومن قضاء مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد ، حكمه بمسئولية جهة الادارة المتعاقدة والتي لجأت الى نزع ملكية الأراضى مما ترتب عليه المساس بحقوق المتعاقد معها^(١) . وبمسئولية الوزير الذى يرفض منح ترخيص بالبيع ، استنادا الى سلطات خاصة يستمدها من القوانين ، اذا ترتب على ذلك ضرر للمتعاقد ، وكان المقعد يجيز لهذا الأخير أن يلجأ الى هذا البيع^(٢) ، وبمسئولية الدولة اذا أنشأت حديقة عامة ، وترتب على هذا الانشاء الحد من حق الصيد الممنوح لشركة من الشركات . . الخ^(٣) .

وهذا المسلك متفرع على التزام الادارة باحترام مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود الادارية ، لأنه لا يتفق وحسن النية أن تزيد الادارة بعملها فى أعباء المتعاقد معها بدلا من أن تماونه على التنفيذ .

= ولقد أشار حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ١٢ مايو سنة ١٩٥٨ (السنتان ١٢ ، ١٣ ، ص ١١٢) الى مبدأ المدة المقولة فى تنفيذ الالتزام اذا لم ينص المقعد على مدة معينة للتنفيذ .

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٤ مارس سنة ١٩٤١ فى قضية (Roda) المجموعة ص ٤٤ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٧ يناير سنة ١٩٢٨ فى قضية (Bonnei) المجموعة ص ١٣٩ .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٢٢ فى قضية (Cie générale des illes Kerguelen) المجموعة ص ٨٣٩ .

الفرع الثاني

جزاء مخالفة الادارة لالتزاماتها العقدية

١ - رأينا فيما سبق جزاء مخالفة المتعاقد لالتزاماته وأحطنا بمدى ما تتمتع به الادارة في هذا الصدد من سلطات تنبؤ عن منطق القانون الخاص . والقاعدة هنا أيضا أن مخالفة الادارة للالتزامات المقررة في العقد الادارى يستتبع توقيع جزاء ولكنه يختلف عن الجزاء الذى يمكن توقيعه على المتعاقد مع الادارة والذى عرضنا له فيما سبق .

فالجزاءات التى يمكن أن توقع على الادارة اذا قصرت في تنفيذ التزاماتها العقدية ، ليست بكثرة ولا تنوع الجزاءات التى توقع على الأفراد ، وهى لا تشمل على وجه الخصوص ، اجراءات الضبط ولا الجزاءات الجنائية . ومن ناحية أخرى ، فإن المتعاقد لا يستطيع أن يوقع الجزاء بنفسه على الادارة ، فليس أمامه الا أن يسلك سبيل التقاضى . بل أن المتعاقد فى هذا المجال لا يستطيع أن يستفيد من الدفع بعدم التنفيذ «L'exception non adimpleti contractus» المقرر فى القانون الخاص ، وبالتالي لا يستطيع المتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته بحجة أن الادارة قد قصرت من جانبها فى تنفيذ ما يفرضه عليها من التزامات ، الا اذا ترتب على تقصير الادارة استحالة التنفيذ بطبيعة الحال . وهنا أيضا نجد طابع المرفق العام فيما يتعلق بأحكام العقود الادارية ، ذلك أن قاعدة سير المرافق العامة بانتظام واطراد تأبى أن يعطل المتعاقد أداء الخدمة لسبب من الأسباب ، ما دام فى وسعه اداء تلك الخدمة . ومن هنا قلنا انه من الواجب ألا ينظر الى المتعاقد باعتباره متعاقدا فحسب ، بل يتعين أن يوضع فى الاعتبار صفته كعمعاون فى تسيير المرفق العام .

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسى تلك القاعدة فى أحكام كثيرة ، لا سيما فيما يتعلق بمقد الامتياز ، والذى تتجلى فيه تلك الحكمة فى

أبرز صورها^(١) . ولكن المجلس لم يقف بتلك القاعدة عند عقد الامتياز ، بل سحبها الى العقود الادارية الأخرى كمقد الأشغال العامة . فإذا رفع الما قول دعوى فسخ العقد ، فإنه لا يستطيع أن يوقف العمل انتظارا للفصل فى الدعوى^(٢) ، كما أنه لا يستطيع أن يستند الى تأخر ادارة فى دفع المقابل لوقف العمل^(٣) . كذلك الشأن بالنسبة الى متمهدى التوريد ، فليس لهم أن يوقفوا التوريد استنادا الى خطأ الادارة^(٤) .

ولما كانت القاعدة السابقة مؤسسة على فكرة سير المرفق العام بانتظام واطراد ، فإن بعض الفقهاء يرون عدم اعمالها اذا كان الدفع بعدم التنفيذ لا يهدد سير المرفق العام^(٥) . وبهذا المعنى قررت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٧١ ، أنه يجوز للمتعاقد أن يشترط فى العقد التمسك بقاعدة عدم التنفيذ

(١) حكمه الصادر فى ٧ يونية سنة ١٩٢٩ فى قضية (Cie française des câbles télégr. - المجموعة ص ٦٥٤ حيث يقول المجلس :

«Le Concessionnaire d'une service public doit sauf impossibilité, en assurer le fonctionnement et n'est pas en droit d'en suspendre l'exécution à raison des difficultés qui peuvent s'élever entre lui et le pouvoir concédants».

وراجع حكمه الصادر فى ١٩ مارس سنة ١٩٣٠ فى قضية (Sté la fusion des gaz) - المجموعة ص ٣١١ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٧ مايو سنة ١٩٣٢ فى قضية (Samson) - المجموعة ص ٤٨٠ .

(٣) حكمه الصادر فى ٢٨ مايو سنة ١٩٥٢ فى قضية (Cne de Sainae-Barbe) - المجموعة ص ٢٨٢ وقد جاء فيه :

«Si l'entrepreneur était fondé à prétendre au versement d'acomptes, lesdites dispositions ne l'autorisaient nullement à interrompre les travaux en cas de retard dans le paiements».

(٤) حكم المجلس الصادر فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٨ فى قضية (Bellard) - المجموعة ص ٩٦٧ حيث تقول :

«A supposer que la réclamation ait été fondée, le Sieur B. qui pouvait contester la décision ministérielle devant le juge du contrat n'était pas en droit de mettre fin aux livraisons qu'il s'était engagé à effectuer».

(٥) راجع تعليق الفقيه (de Soto) منشور فى مجموعة دالوز سنة ١٩٤٢ ، القسم الثالث ص ١١١ ، وراجع رسالة (M. Gervais) من عقد تقديم المعاونة ، المرجع السابق .

فى مواجهة خطأ معين يقع من الادارة حيث تقول : « انه وان كان الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد ... ضمانا لحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، الا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرججا على هذا الأصل ، وفى هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الادارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، وبالتالى لا يحق للادارة أن توقع عليه غرامات تأخير ما دامت قد تراخت فى تنفيذ التزاماتها قبله مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها » .

٢ - ولكن ما هى سلطات القاضى فى مواجهة الادارة المقصرة ؟
يحكم هذا الموضوع الأسس التالية :

(١) ليس للقاضى أن يأمر الادارة بمعمل معين ، وبالتالى ليس له أن يأمرها بالوفاء بالتزاماتها . وما ذلك الا تفريعا على القاعدة التى تحكم علاقة القضاء الادارى بالادارة العاملة فى النظام الفرنسى الذى تأخذ به مصر . ولما كان القاضى لا يستطيع أن يأمر الادارة بمعمل شئ معد بطريق مباشر ، فانه لا يستطيع أن يحتال للوصول الى ذلك بطريق غير مباشر ، من طريق نظام التهديدات المالية المعروف فى القانون الخاص «système des astreintes» (١) .

ولكن الممنوع على القضاء هو نظام التهديدات المالية بمعناه المعروف ، والذى يستهدف اجبار الملتزم المقصر على الوفاء بالتزامه . ومن ثم فان مجلس الدولة الفرنسى قد سمح لنفسه فى هذا المجال ، بأن يلجأ الى تخيير الادارة بين الوفاء بالتزاماتها وبين دفع التعويض المحكوم به ، فيردف حكمه الصادر بالتمويض ، بالصيغة التليدية والى التى تجرى على النحو التالى (٢) :

«Si mieux n'aime l'administration exécuter son obligation»

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٤ فى قضية (Cne de Mersine) المجموعة ص ٢٢٦ ، وحكمه الصادر فى ٢٧ يناير سنة ١٩٣٢ فى قضية (Le loir) مجموعة سبرى سنة ٩٢٣ ، القسم الثالث ، ص ١٣٢ مع تقرير المفوض (Detton) (٢) حكمه الصادر فى ١٨ يناير سنة ١٩٣٨ فى قضية (Maggi) المجموعة ص ٧٤ وفى ٩ يناير سنة ١٩٤٨ فى قضية (Syndicat du canal de Meklouf) المجموعة ص ١٣ .

وأحيانا يحدد المجلس مهلة للإدارة لكي تختار بين الطريقتين^(١) .

(ب) يملك القاضي الفاء القرارات غير المشروعة والصادرة من الإدارة بمناسبة تنفيذ العقد ، اللهم الا فيما يتعلق ببعض الجزاءات التي قد تصدرها الإدارة على خلاف القانون ضد ملتزم الأشغال العامة وفقا لمسلك مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد وقد سبق أن أبدينا رأينا في هذا الخصوص .

(ج) يستطيع القاضي أن يحكم على الإدارة بالتمويض المناسب ، وهذا هو المسلك الأصيل للقضاء الإداري في هذا المجال . ويقدر هذا التمويض عادة على الأسس المدنية لأنها تمثل القواعد العامة في هذا الصدد ، فيقدر التمويض وفقا لدرجة الضرر ، لا الخطأ ؛ ومع مراعاة دور كل من الطرفين في ارتكاب الخطأ ، بحيث إذا كان الخطأ مشتركا ، تحمل كل من الطرفين نصيبه فيه . وبهذا المعنى تقول المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٦٦ (س ١٢ ، ص ٥٠٣) « ومن حيث أن الضرر الذي أصاب الشركة (المتعاقدة) جاء نتيجة خطأ كل من الإدارة والمؤسسة معا (الشركة) ... وإذا كان الخطأ مشتركا ، وكان للقاضي أن يقدر نصيب كل من المسؤولين عنه في التمويض وفقا لحكم المادتين ١٦٩ و ٢١٦ من القانون المدني ، فإن المحكمة تقدر التمويض المستحق للمؤسسة في ذمة الإدارة بمبلغ ... » .

(د) وأخيرا ، يملك القضاء الإداري أن يحكم بفسخ العقد خطأ الإدارة بناء على طلب المتعاقد .

«La résiliation du contrat aux torts de l'administration»

وهذا هو أخطر الجزاءات التي تتعرض لها الإدارة . ومن ثم فإننا نعرض له بشئ من التفصيل .

(١) على سبيل المثال حكمه الصادر في ٢٣ يناير سنة ١٩٦٤ في قضية (Foyché) المجموعة ص ٨٩ .

٣ - فسخ العقد خطأ الإدارة : هذا الفسخ - الذى يتعين أن ينطق به القاضى فى جميع الحالات - يقابل حق الإدارة فى فسخ العقد خطأ المتعاقد • وهو يخضع للأحكام التالية :

أولا : الأسباب المبررة للفسخ : لما كان الفسخ هو أخطر الجزاءات التى تتمرض لها الإدارة ، فإن القضاء الإدارى لا يحكم به الا خطأ جسيم ترتكبه الإدارة ، لأن الجزاء الأصيل فى مجال مسئولية الإدارة التعاقدية ، هو التمييز •

ومن الأخطاء المبررة للفسخ من قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، عدول الإدارة دون سبب معقول عن المشروع موضوع التعاقد^(١) ، وتأخر الإدارة تأخرا كبيرا فى البدء فى تنفيذ العقد^(٢) ووقف الإدارة للأعمال موضوع العقد مددا طويلة دون مبرر معقول^(٣) • ومنها أيضا أن تلجأ الإدارة الى توقيع عقوبات بالغة الجسام على المتعاقد دون خطأ جدى يبرر تلك العقوبات ، كما لو اتخذت ضده وسيلة من وسائل الاكراه التى عرضناها^(٤) أو فسخت العقد على مسئوليته ، فان له أن ينازع فى ذلك ، وأن يحصل على الحكم بفسخ العقد على مسئولية الإدارة حتى يتوقى نتائج هذا الجزاء ، وهى قاسية كما رأينا^(٥) •

ولكن مجلس الدولة انفرنسى يرفض الفسخ عادة اذا تأخرت

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢ مارس سنة ١٩٥١ فى قضية (Ville de Poissy) المجموعة ص ٧٧٤ •

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٦ مايو سنة ١٩٢٣ فى قضية (Glœmger) المجموعة ص ٤٠٥ • ولكن يجب أن يكون التأخر خطيرا بدرجة تجاوز القدر المعقول الذى يتفق والنية المشتركة للمتعاقدين ، بدليل أن مجلس الدولة الفرنسى رفض الفسخ مع أن الإدارة أخرت التنفيذ قرابة خمس سنوات فى بعض الحالات • راجع حكمه الصادر فى ٢٩ يناير سنة ١٩٣٦ فى قضية (Lesieux) المجموعة ص ١٤٠ • وإن كان قد حكم بالتمييز بطبيعة الحال •

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٢٦ يوليو سنة ١٩٤٧ فى قضية (Bongert) المجموعة ص ٣٥١ •

(٤) حكم المجلس الصادر فى ١٩ يوليو سنة ١٩٠٧ فى قضية (Boyer) المجموعة ص ٧٠٥ •

(٥) حكم المجلس الصادر فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٩ فى قضية (Sté Georges Meser) مجلة القانون العام سنة ١٩٥٢ ، ص ٧٠٩ •

الادارة فى دفع المبالغ المستحقة للمتعاقدين معها عما يكون قد نفذه من العقد ، ويكتفى هنا بالتعويض وبالحكم بفوائد المبالغ التى تؤخر الادارة دفعها^(١) .

ثانيا : يتمين على المتعاقد فى فرنسا أن يلجأ الى الادارة أولا قبل أن يرفع دعواه بفسخ العقد ، اما على أساس نص فى العقد الادارى - وهو ما يحدث غالبا - واما على أساس قاعدة القرار الادارى السابق (La règle de la décision préalable) التى تعتبر من أسس التقاضى التى يقوم عليها قضاء التعويض فى فرنسا^(٢) .

وفى مصر ، لم يأخذ قانون مجلس الدولة المصرى فى أية صياغة من صياغاته بفكرة القرار الادارى السابق ، والتى تستوجب أن يتوجه المتعاقد الى الادارة أولا قبل أن يرفع دعوى التعويض . ومن ثم يمكن القول بأن المتعاقد غير ملزم بأن يتوجه الى الادارة أولا على الأساس السابق . ولكن المتعاقد ملزم على أية حال بأن يمدد الادارة (La mise en demeure) قبل أن يلجأ الى التقاضى ، وهذا الاعذار سوف يؤدى دور القرار الادارى السابق فى هذا المجال .

ثالثا : ويترتب على الحكم بالفسخ ، نتيجتان رئيسيتان هما :

(أ) نهاية العقد : ويرتد أثر الحكم فى هذا الخصوص الى تاريخ رفع الدعوى^(٣) ، رغم التزام المتعاقد طالب الفسخ بالاستمرار فى التنفيذ كما رأينا .

(ب) استحقاق المتعاقد للتعويض : والتعويض هنا تعويض كامل ، يغطي كافة ما يلحق المتعاقد من خسارة ، وما يفوته من كسب

(١) حكمه الصادر فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٩ فى قضية (Leonard) المجموعة ص ٩٧٠ ، وفى ٥ أغسطس سنة ١٩٢٠ فى قضية (Sanvoisin) المجموعة ص ٨١٩ .
(٢) راجع فى التفاصيل مؤلفنا « القضاء الادارى » فى أى من طبعاته المتعددة حيث بحثنا هذه القاعدة بالتفصيل ، وتقصينا أصلها .
(٣) حكم المجلس الصادر فى ١٦ مارس سنة ١٩٢٣ فى قضية (Glaenger) المجموعة ص ٤٠٥ .

بسبب فسخ العقد ، مع مراعاة ما يكون المتعاقد قد نفذه في المدة ما بين رفع الدعوى وما بين صدور الحكم بالفسخ .

ويقدر التعويض في التاريخ الذي ينطلق فيه القاضى بالحكم^(١) .
وقد يضاف الى التعويض فوائد التأخير ، اذا كان المبلغ المحكوم به معين المقدار وفقا للقواعد المدنية المقررة ، سواء في مواجهة الادارة أو الأفراد . وقد اطرده قضاء المحكمة الادارية العليا على هذا المعنى ومن أحكامها في هذا الصدد :

- حكمها الصادر في ١١ ديسمبر سنة ١٩٦٥ (س ١١ ، ص ١٢٨) وفيه تقرر : « ان فوائد فرق الثمن الذي فات على الادارة بسبب تقصير المظنون ضده ، والذي حق لها الرجوع به عليه ، وهو مبلغ نقدي ، كما أن هذا الوصف يصدق على المصاريف الادارية ، كما يصدق على غرامة التأخير . . . ومتى كان شقا هذا التعويض معلوما المقدار وقت الطلب ، وتأخر المدين في الوفاء بهما فانه يرتكب بذلك خطأ يختلف عن خطئه الأصلي في التقصير ، وينبني على ذلك أن المقصر تجرئ في شأنه الفوائد القانونية عن المبلغ المذكور كله من تاريخ المطالبة القضائية بواقع ٤٪ سنويا وفقا لنص المادة ٢٢٦ مدني » .

- حكمها الصادر في ٢٩ يونية سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ١١١٣) وفيه تقرر ذات المبدأ ، بالفاظه ، بالنسبة لفرق السعر الذي تتكبده جهة الادارة في تشغيل الأصناف المرفوضة لعدم مطابقتها لمواصفات العقد ، وقيمة الدفعة المستحقة قانونا على أوامر التوريد ، وكذا المصاريف الادارية باعتبارها مكملة لفرق السعر وملحقة به ، وغرامة التأخير ما دامت جميع هذه المبالغ معلومة المقدار وقت الطلب .

(١) حكم المجلس الصادر في ٢٦ يوليو سنة ١٩٤٧ في قضية (Bongert) المجموعة ١ ص ٣٥١ وفي ١٥ يوليو سنة ١٩٥٥ في قضية (Cne de Vie feneusec) منشور في مجموعة (Actual jur, 11, p. 407)

وهذه القواعد - كما ذكرنا - تطبق على الادارة كما تطبق على الأفراد ، ولهذا فقد أثير تساؤل حول الوسيلة التى يتمين على الادارة أن تلجأ اليها لتوقى الحكم بالفوائد . وأجابت المحكمة الادارية العليا على هذا التساؤل فى حكمها الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٦٧ (س ١٢ ، ص ١١٦٥) فى قضية تتلخص ظروفها فيما يلى : حدث خلاف بين الادارة وبين المفاوض حول المبلغ المستحق له نتيجة عملية تقوية أحد الجسور . وعرضت الادارة أن تدفع المقابل للمفاوض على أساس مكعبات معينة « بشرط أن يقر المتعاقد بإبرام ذمة الادارة » فرفض القبول تحت هذا الشرط ، ومطالب بمستحققاته أمام القضاء . أخذت محكمة القضاء الادارى بالأساس الذى عرضته الادارة ، ولكنها قضت له بالفائدة القانونية عن المبلغ الذى رفض تسلمه ، على أساس أن اجراءات المرض الحقيقى لا تتفق والنظام الادارى ، لأن اجراءات الدفع الحكومى تستلزم توقيع المدين على نماذج معينة . ولكن المحكمة الادارية العليا لم تأخذ بهذا الدفاع ، ورأت أن الادعاء لو صح يشترط فيه أن تعرض الادارة المبلغ بالطريق الادارى ، دون أن تقيده بأى شرط ، كالتنازل عن مطالبة الدولة بأى شئ ، وأكدت فى حكمها المشار اليه المبادئ التالية :

(أ) « ان مناط استحقاق فوائد التأخير أن يكون محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب ، وأن يتأخر المدين فى الوفاء به فى الميعاد المحددة بقطع النظر عن وقوع ضرر للدائن من جراء هذا التأخير » .

(ب) « لما كان المرض الحقيقى انما شرع لمواجهة تعنت الدائن ، ورفضه قبول الوفاء المعروض عليه بغير سبب مشروع ، وكان من العدل أن يحمل الدائن على قبول هذا الوفاء حتى تبرأ ذمة المدين من الدين ومن تبعاتهما بما فى ذلك سريان الفوائد ، فان ذلك يقتضى بالضرورة أن يكون المرض خاليا من أى قيد أو شرط لا يستلزمه الدين المعروض . فاذا كان المرض معلقا على شرط لا يستلزمه

الدين المعروض أو كان شرطا تمسغيا ، فان من حق الدائن أن يمتنع عن قبول الوفاء ، ولا يعود للمدين أى حق فى حمله على قبوله بإجراءات العرض الحقيقى والايداع ، اذ يترتب على هذا الشرط اعتبار المرض غير قائم » .

(ج) « ان أحكام العرض الحقيقى - وهى من قواعد القانون المدنى - انما تقوم على فكرة الوفاء جبرا على الدائن فى حالة امتناعه عن قبول الوفاء بغير موجب ... ولا شك فى أهمية الأخذ بهذه الفكرة فى علاقة الادارة بدائنيها اذا ما أرادت تبرئة ذمتها مما هى مقرة به . بيد أن اتباع اجراءات العرض الحقيقى والايداع المنصوص عليها فى قانون المرافعات فى مجال الروابط الادارية ، رهين بعدم تمازج هذا الأسلوب مع طبيعة هذه الروابط او القواعد والنظم المالية المتعلقة بالمصرف ، ذلك أن اجراءات الصرف الحكومية تقضى بدعوة الدائن للتوقيع على مستندات الصرف بمقر الادارة ليقضى ما هو مقرر به . فان رفض قبول هذه الدعوة أو امتنع عن التوقيع على المستندات ، فان المبالغ المستحقة تملئ بالأمانات على ذمته ، وتلك اجراءات قريبة الشبه بإجراءات نظام العرض والايداع ، ويمكن أن تحقق ما يستهدفه نظام العرض والايداع من وفاء الدين جبرا عن الدائن ، ولا يبقى الا جواز استصدار حكم بصحة العرض والايداع ، وهو اجراء قد لا يكون ثمة وجه لتطلبه بالنسبة الى الجهة الادارية بحسبان اجراءاتها محمولة على الصحة بما تكفله من الضمانات الى أن يقوم الدليل على العكس » .

(د) « اذا كان الثابت أن الجهة الادارية - فى الوقت الذى عرضت فيه الدين على الدائن - قد تطلبت أن يوقع اقرارا بقبوله ما تعرضه عليه ويتنازل عن المطالبة بأى حق له قبلها ، فان هذا الشرط يكون تمسغيا لا يستلزمه الدين المعروض ، وليس له مسوغ معقول . وينبنى على ذلك أن تملية المبالغ بالأمانات اللاحق لهذا العرض - بفرض التسليم بقيامه مقام الايداع بخزانة المحكمة - لا يبرئ ذمة الجهة الادارية من الدين »

الفصل الثاني

الحصول على المقابل المالى

١ - هذا الحق من حقوق المتعاقد هو أهم حقوقه على الإطلاق وذلك نظرا لما سبق ذكره من أن المتعاقد يستهدف الربح أصلا . حقيقة ان من العقود الادارية ما ينقلب فيه الوضع ، بحيث يلتزم الأفراد بتقديم مقابل نقدي للادارة كما هو الشأن فى عقود طلب تقديم المساونة ، وشراء شئ أو استجاره من الادارة ، ولكن فى معظم العقود الأخرى يستهدف المتعاقد الحصول على مقابل نقدي من الادارة .

٢ - ويتخذ هذا المقابل النقدي صورا متعددة : فقد يكون مرتبا شهريا فى حالة عقود التوظيف ، وقد يكون ثمنا للبضائع المسورة ، أو الخدمة المطلوبة ، أو الأشغال المتعاقدا على تنفيذها ... الخ .

ولكن الفقه يميز بين نوعين من المقابل النقدي ، وذلك وفقا لنوع الخدمة التى يلتزم المتعاقد بتقديمها :

فاذا كان المتعاقد يؤدى الخدمة للادارة مباشرة ، فان الادارة هى التى تلتزم بأداء المقابل النقدي للمتعاقد . ويتخذ المقابل فى هذه الحالة صورا مختلفة وفقا لطبيعة العقد : فهو ثمن (prix) فى حالة عقود التوريد والأشغال والنقل وما جرى مجراها . وهو مرتب فى حالة عقود التوظيف وما شابهها . وهو فائدة فى حالة عقد القرض ... الخ .

أما اذا كان المتعاقد يؤدى الخدمة للجمهور مباشرة - كما هو

الشأن فى عقد الامتياز - فانه يحصل على المقابل النقدى فى صورة رسوم يتقاضاها من المنتفعين^(١) .

وقد يصحب المقابل المالى المقرر للمتعاقد بصفة أصلية (كالثمن أو الرسوم مثلا) مزايا مالية أخرى ، كضمان حد أدنى من الربح ، أو التزام الادارة باقراض المتعاقد مبالغ فى حدود معينة ، أو ضمانه لدى البنوك فى الحصول على بعض القروض . . . الخ . وتندرج هذه المزايا تحت عنوان المقابل المالى للمتعاقد ، وتلتزم الادارة بالوفاء بها أيضا .

واذا كان الفقهاء قد ميزوا بين الثمن - وما يجرى مجراه - وبين الرسم فى حالة عقد الامتياز ، فان مرجع ذلك الى اختلاف الطبيعة القانونية لكل منها كما سنرى .

٣ - والمسلم به أن الشروط التى تتعلق بتحديد المقابل النقدى فى العقد هى - بصفة عامة - شروط تعاقدية (de nature contractuelle) ومن ثم لا تستطيع الادارة أن تمسها بالتعديل دون موافقة الطرف الآخر . ولكن يرد على هذا المبدأ استثناءان هامين :

الأول : يتعلق بمقود الامتياز : ولقد سبق أن ذكرنا أن الشروط المتعلقة بتحديد الرسم فى عقود الامتياز هى من قبيل الشروط اللائحية لا التعاقدية ، ولهذا سميت « رسما » لا أجرا ، وبالتالي تستطيع الادارة أن تعدلها بإرادتها المنفردة ، ودون حاجة لرضاء المتعاقد .

(١) وقد يحدث أن يؤدى المتعاقد الخدمة للجمهور ، ومع ذلك فانه يحصل على المقابل النقدى من الادارة ، كما هو الشأن فى ادارة المرفق العام عن طريق الاستغلال غير المباشر (أو مباشرة الاستغلال) (La régie intéressée) .

راجع فى التفاصيل مؤلفنا « مبادئ القانون الادارى » فى أى من طبعاته المتعددة حيث ناقشنا طبيعة المقابل الذى يتقاضاه المتعاقد من المنتفعين ، وهل هو رسم أو أجر .

والثاني : خاص بالمعقود التى تؤدى وظيفة الأعمال الشرطية ، وفقا للفكرة التى أشرنا اليها فى مطلع هذا القسم . فهذه المعقود لا يتولد عنها مراكز شخصية أو ذاتية فحسب ، وإنما تسند الى المتعاقد مراكز نظامية أيضا . ومن أوضح الأمثلة لها - فيما يعنيننا - عقود التوظيف ، فهذه المعقود ، كما ذكرنا ، أصبحت بمثابة أداة للتمييز . أما مركز الموظف التعاقدى فقد غدا لائحيا الى حد كبير . فإذا كان المركز اللائحي للموظف - كما هو مشاهد غالبا - قد نظم مرتب الموظف التعاقدى ، فإن هذا المرتب يصبح تابعا للمركز النظامى ، وبالتالي يمكن أن تعدله الادارة بالنقص أو بالزيادة فيسرى التعديل الجديد على الموظفين القدامى . ولقد سبق أن أوردنا قضاء مجلس الدولة المصرى فى هذا الصدد .

٤ - ولكن ما مدى جمود الشروط التعاقدية المتعلقة بالمقابل النقدى ؟! لا تستطيع الادارة أن تعدل تلك الشروط بأرادتها المنفردة كما ذكرنا . وأساس حصانة تلك الشروط أو جمودها (L'intangibilité) اعتباران : الأول عملى ، ومرجعه الى نفور الأفراد من التعاقد مع الادارة فيما لو أمكنها أن تعدل هذه المزايا التى يعتمد عليها المتعاقد رغم ارادته . والثانى قانونى ومرده الى أساس حق الادارة فى التعديل . فسلطة التعديل - كما رأينا - تستند الى مقتضيات سير المرافق العامة . وبالتالي ، فإنها لا تنصب الا على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق ، وليس من بينها تلك التى تحدد المقابل النقدى فى العقد . ولهذا فإن استقرار تلك الشروط عام ، وواسع المدى : فهو لا يقتصر على الثمن أو الأجر أو الفائدة ، ولكنه يشمل كل شرط يضمن فائدة اقتصادية للمتعاقد ، كالتضامانات والقروض ، ومدة العقد ، وطريقة الدفع ، والتسهيلات فى التنفيذ ، وضمان عدم المنافسة ... الخ . ومن أحكام المحكمة الادارية العليا فى هذا الصدد ، حكمها الصادر فى ٢٧ أبريل لسنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٨٣٢) فقد تماقت محافظة القاهرة مع أحد الأفراد على توريد نخيل ، ونص فى العقد على أن يدفع للمورد ثمن نصف

النخيل عقب زراعته مباشرة • قام المتعاقد بتوريد النخيل - طبقا للمواصفات - وبزراعته ، وطالب المحافظة بأن تدفع له نصف الثمن المتفق عليه ، ولكن المحافظة رفضت ، بحجة أن نسبة النجاح فى النخيل ضئيلة ، وأن على المورد أن يقوم « بترقيع » النخيل الذى لم ينجح • ولكن كلا من محكمة القضاء الادارى والمحكمة الادارية العليا رفضت مسلك الادارة على أساس أن نصوص المقدم صريحة فى وجوب دفع نصف الثمن مقابل التوريد والزراعة • أما عدم نجاح النخيل ، وضرورة تربيته ، فتواجهه نصوص أخرى •

ولكن حصانة تلك الشروط انما تتقرر فى مواجهة الادارة • أما بالنسبة الى المشرع ، فقد لوحظ أنه كثيرا ما يتدخل فى مجال عقود الادارة فى فرنسا • ومن صور تدخله :

(أ) أن يصدر قانونا خاصا بمقد معين أو بطائفة معينة من العقود ، متضمنا تعديل أحكامها •

(ب) وقد يصدر قانون عام ، لا يتعلق بالمقود مباشرة ، ولكنه يعدل المقود بطريق غير مباشر •

(ج) وقد يخول المشرع الادارة « لمطبات خاصة فيما يتعلق بتنفيذ التزاماتها التعاقدية ، فيمكنها من تعديل تلك الشروط التعاقدية » (١) •

ولقد أثار الفقيه جيز مبدأ عدم دستورية هذه القوانين ، لاسيما تلك التى تصدر بخصوص عقد أو طائفة معينة من العقود ، ذلك أنه يرى أن المشرع ملتزم بالألا يمس المقود (٢) • ولكن هذا الرأى لم يجد له صدق فى القضاء الفرنسى ، نظرا لما يسلم به هذا القضاء من انكار حقه فى رقابة دستورية القوانين • ومن ثم فقد انحصر حق المتعاقد فى التمويض •

(١) راجع أمثلة لهذه القوانين ، فى مطول دى لوبادير فى المقود ، الجزء الثانى ، ص ٢٨ وما يهدمها •

(٢) راجع مقاله فى مجلة القانون العام ، سنة ١٩٤٠ ص ٥٩ حيث يقول :
« Le législateur a l'obligation de ne pas porter atteinte au titre spécial contractuel ».

ولم يثر هذا الموضوع أمام القضاء الإدارى المصرى وان كان المشرع كثيرا ما يتدخل فى مجال العقود لا سيما أثناء الحروب والأزمات الاقتصادية ، وذلك بتأجيل الدفع ، أو بتعطيل شرط الذهب . . . الخ وسوف نعود الى هذا الموضوع مرة أخرى عند تصدينا لدراسة نظرية عمل الأمير .

٥ - ومهما كانت الصور التى يتقمصها المقابل النقدى فى العقود الادارية ، فان أشهرها وأهمها فى العمل صورتان : هما الثمن ، والرسم . ومن ثم فالتنا ندرسهما بشئ من التفصيل .

المبحث الأول

الثلث

يتخذ المقابل النقدي في معظم العقود الادارية المعروفة صوراً:
الثلث ، كما هو الشأن في عقود الأشغال العامة والتوريد والنقل .
وفيما يلي نعرض أولاً لكيفية تحديد الثلث ، ثم لطريقة تسديده .

الفرع الأول

تحديد الثلث

١ - الأصل أن يحدد الثلث في العقد الإداري باتفاق بين الإدارة والمتعاقد معها . ولهذا قلنا أن الشرط الخاص بتحديد الثلث يعتبر شرطاً تعاقدياً ، بل هو الشرط التعاقدي الأصيل (La clause contractuelle essentielle) وقد يحدد الثلث بمقتضى شرط يدرج في صلب العقد ، أو بمقتضى وثائق مستقلة تلتحق بالعقد .

٢ - والأصل أن يحدد الثلث برقم محدد (Le prix chiffré) لكن قد يحدد الثلث بطريقة أخرى كالأحالة الى عناصر خارجة عن العقد ، ومثال ذلك الاتفاق على اتخاذ الأسعار السائدة في وقت محدد أساساً للمحاسبة^(١) (Le prix en vigueur à date déterminée) وقد يتخذ متوسط السعر في المناقصات خلال العام السابق على التعاقد كأساس للمحاسبة في عقود معينة^(٢) . . الخ .

وتختلف طريقة تحديد السعر وفقاً لطبيعة العقد : ففي عقد الأشغال العامة مثلاً ، قد يحدد المتعاقدان سعراً اجمالياً للمعملية كلها (Le marché à forfait) وقد يحددان سعراً لكل نوع من الأعمال التي

(١) حكم المجلس الصادر في ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤٥ في قضية «Sté La lampe rationnelles»
المجموعة ص ٢١٥ .

(٢) «Prix moyens résultant des adjudications annuelles passées pour les marchés dans un certain nombre de places désignées».

حكم المجلس الصادر في ٢ يونيو سنة ١٩٣٧ في قضية «Chouvel» المجموعة ص ٥٤٦ .

يقوم عليها المشروع (Les marchés sur séries de prix) وقد يحدد السعر بحسب وحدة معينة من وحدات القياس كالتر المربع (Les marchés sur devis ou à l'unité de mesure)

وفى عقود التوريد ، قد يحدد السعر للكمية المطلوب توريدها (M. à forfait) وقد يحدد وفقا لنوع السلع المطلوب توريدها بحيث يحدد سعر كل سلعة على حدة (M. avec série de prix) .

٣- ولكن مامدى حرية المتعاقدين فى تحديد السعر ؟ الأصل أن الادارة والمتعاقد معها يتمتعان بحرية تحديد السعر ، وفقا للقواعد التشريعية المقررة . والملاحظ فى هذا الصدد أن ثمة نوعين من القيود العامة ترد فى هذا الخصوص :

(١) الطائفة الأولى من القيود : وردت فى لائحة المناقصات والمزايدات ومنها المواد :

المادة ٢٩ : والتي توجب عند البت فى العطاء أن تسترشد اللجنة بالأثمان الأخيرة السابق التعامل بها محليا أو خارجيا ، كما توجب بيان هذه الأثمان بكشف التفريغ ، مع ذكر تاريخ التعامل ، وأن يسترشد بأسعار السوق ، كما تستلزم حساب الأسعار على قاعدة واحدة ، هى قاعدة تسليم الأصناف بمخازن الجهة الادارية خالصة جميع المصروفات والرسوم ، مع مراعاة أسعار النقد الأجنبى ومصاريف تحويل العملة وغيرها .

المادة ٥٤ : وقد تضمنت شروطا كثيرة ومفصلة فى اعداد قائمة الأسعار (جدول الفئات) من أهمها :

(١) كتابة الأسعار بالمداد بالعملة المصرية رقما وحروفا باللفة المرببة ، ويجوز فى حالة تقديم العطاء من فرد أو شركة فى الخارج أن تكتب الأسعار بالعملة الأجنبية مع ذكر ما تساويه بالعملة المصرية .

• (ب) منع الكشط أو المحو ، وكل تصحيح فى الأعمار يجب اعادة كتابته بالمداد رقما وحروفا وتوقيمه .

(ج) لا يجوز لمقدم العطاء شطب أى بند من بنوده أو من المواصفات الفنية أو اجراء تعديل فيها . « وإذا رغب فى وضع اشتراطات خاصة أو اجراء تعديلات أن يتبعها فى كتاب مرافق لعطائه على أن يشير الى هذا الكتاب فى العطاء نفسه أو أن يرسل التعديل بعد ذلك بكتاب على أن يصل قبل فتح المظاريف » ولا يلتفت الى أى اداء من صاحب العطاء يحصل خطأ فى عطائه اذا قدم بعد فتح المظاريف .

(د) فى مناقصات توريد الأصناف ، اذا لم يحدد سعر صنف ، فيعتبر ذلك امتناعا من المناقص عن الدخول فى هذا الصنف . أما فى مقاولات الأعمال فقد جعلت اللائحة الادارة باختيار بين استبعاد العطاء ، وبين أن تضع للبند المسكوت عنه أعلى فئة فى العطاءات المقدمة « فاذا أرسيت عليه المناقصة فيعتبر أنه ارتضى المحاسبة على أساس أقل فئة لهذا البند فى العطاءات المقدمة دون أن يكون له حق المنازعة فى ذلك » .

(هـ) يجب أن يوضح فى قائمة الأسعار ما اذا كان الصنف مصنوعا فى مصر أو فى الخارج « ويترتب على عدم صحة هذه البيانات كلها أو بعضها رفض الصنف علاوة على شطب اسم مقدم العطاء من بين متعهدي الحكومة » .

(و) تشمل الفئات المحددة جميع المصروفات والالتزامات المتعلقة بتنفيذ العقد « بصرف النظر عن تقلبات السوق والعملية والتعريفية الجمركية ورسوم الانتاج وغيرها من الرسوم الأخرى » .

المادة ٦٢ : وتغول الادارة الحق فى مراجعة الأسعار المقدمة ، سواء من حيث مفرداتها أو مجموعها واجراء التصحيحات المادية اذا اقتضى الأمر ذلك « ويمول على السمر المبين بالحروف ، ولا يمتد بالعطاء المبني على خفض نسبة مئوية عن أقل عطاء يقدم فى المناقصة » .

المادة ٦٣ : وتقضى بأن العطاءات المقترنة بتسهيلات ائتمانية من مقدميها تكون محل اعتبار عند البت فى أولوية العطاءات .

المادة ٩١ : والتي توجب صرف ثمن الأصناف الموردة فى خلال خمسة عشر يوم عمل على الأكثر تحسب من تاريخ اليوم التالى لاتمام اجراءات التحليل الكيمايى أو الفحص الفنى .

المادة ١٠٧ : وائتى تنظم كيفية بيع الأصناف التى تريد الادارة بيعها وقواعد تحديد أسعارها ، وذلك عن طريق تشكيل لجنة . وعلى اللجنة أن تسترشد بأثمان البيع السابق ، وبحالة السوق مع مراعاة حالة الأصناف وتكلفة الموصول عليها ، وعمرها الاستعمالى والنسب المقررة لاهلاكها ، وغيرها من عناصر تقدير الثمن بما يكفل تحقيق المصلحة المالية للدولة .

(ب) أما الطائفة الثانية من القيود : فمردها الى تدخل المشرع المتزايد فى مجال تحديد الأسعار ، بفرض تسعيرة رسمية . والمسلم به أن النصوص المقررة فى هذا الصدد لا يخضع لها الأفراد فحسب وانما تخضع لها الادارة فى عقودها أيضا ، ذلك أن تلك النصوص أمره ، وتتعلق بالنظام العام وبالتالي لا يمكن الخروج عليها^(١) .

وقد ورد تطبيق لهذا المبدأ فى المادة ١١٢ من اللائحة الجديدة (والتي تقابل المادة ١٤٩ من اللائحة الملقاة) حيث تقول :

مادة ١١٢ : يكون بيع الأصناف المسعرة جبريا بطريق المزايدة بمظاريف مغلقة ويذكر فى الاعلان أن البيع يكون بالسعر الجبرى لصاحب العطاء الأول غير المقترن بتحفظات الذى يقدم عن الكمية كلها . وانه فى حالة عدم وجود عطاءات من هذا القبيل سيفضل العطاء المقدم عن أكبر كمية من الصنف ، ثم ما يليه من عطاءات

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٧ يوليو سنة ١٩٥٠ فى قضية «Dilly» المجموعة ص ٤٤٣ . وقد جاء فيه :

«Il résulte de l'ordonnance du 30 juin qu'elle a une portée générale ; aucune disposition de ladite ordonnance ne soustrait les marchés administratifs à l'application de la législation sur les prix».

وراجع حكمه الصادر فى ٢٦ يوليو سنة ١٩٤٤ فى قضية «Ali Tur» المجموعة ص ٢١٧ وفيها أعلن بطلان الشرط الذى تمهدت فيه الادارة بدفع سعر أعلا من السعر المقرر رسميا ، وإن كان المجلس قد أعلن مسئولية الادارة عن ذلك مسئولية مخففة لأن المتعاقد الآخر مفروض فيه أن يعلم بالسعر الرسمى .

مرتبة ترتيبا تنازليا فيما يتعلق بالكمية المطلوب شراؤها وترتيبها زمنيا لوصول الطلبات المتعددة في الكمية بحث يفضل أقدمها تاريخا ويشترط أن تكون المطامات مصحوبة بتأمين تحدد جهة الادارة نسبته من السعر الجبرى المقرر للصنف مع تحديد آخر ميعاد لقبول الطلبات .

وبمجرد حلول هذا الميعاد تتولى لجنة فتح المظاريف فتحها ، ثم تفرغ المطامات وتعرض نتيجة التفريغ على لجنة البت في المطامات للبت فيها وفقا للقواعد الواردة في اعلان النشر .

أما ما لم تستطع جهة الادارة بيعه بالسعر الجبرى فتتخذ نحره الاجرامات المقررة للبيع بالمزاد العلنى على أن يكون السعر الجبرى هو الحد الاقصى عند البيع بالمزاد .

واذا كانت الادارة والمتعاقد معها ملزمين باحترام السعر الرسمى ، فان ذلك لا يقيد حريتها في التعاقد بسعر أقل منه . وقد صدرت من قسم الرأى بعض الفتاوى القديمة في هذا الخصوص منها:

فتوى قسم الرأى مجتمعا الصادرة في ١٩٤٨/١/٢٤ (برقم ٥٤ مكرر)^(١) ، وقد جاء فيها « استعرض قسم الرأى مجتمعا موضوع مدى تأثير التسعير الجبرى على الثمن المتفق عليه في العقود ، وانتهى الى أن التسعير الجبرى - وهو عمل تشريعى واجب النفاذ - انما يمين الحد الأقصى للأسعار فلا يجوز التعامل بأكثر منه ، كما أن التسعير الجبرى لا يسرى على العقود والمعاملات التى تمت قبل صدوره وانما يسرى على ما يبرم بعد صدوره ، وكذلك يسرى على العقود الممتدة مثل عقود التوريد بالنسبة الى الكميات التى تورده بعد ادراج الصنف فى جدول التسعير الجبرى ... »^(٢) .

(١) مجموعة الأستاذ أبو شاذى ، ص ٢٣٥ .

(٢) واستطردت الفتوى قائلة : « ... الا أن الأخذ بهذا المبدأ الاساسى لا يحول دون الرجوع الى ادارة الرأى المختصة فى كل حالة على حدة لدراستها واهداف الرأى فيها طبقا لظروفها وملاساتها اذ قد يحدث مثلا أن يتقدم المتعهد بمستندات تثبت أنه قد اشترى الصنف جميعه وخزنه لديه عند التعاقد ، وقبل التوريد وصدور التسعيرة الجبرية » .

ولكن قسم الرأى مجتمعاً لم يعمل المبدأ الذى تضمنته فتواه السابقة ، وخرج عليه فى فتوى أخرى أحدث صادرة فى ١٤/١٠/١٩٥١^(١) . وتتخلص ظروف الفتوى فيما يلى : - تعاقدت إحدى الوزارات مع أحد الموردين على توريد كميات من المسلى ، على أن يكون التوريد حسب الطلب ، وكان ذلك فى أول مايو سنة ١٩٤٦ . وفى ٢٨ ديسمبر من ذات العام أدرج المسلى فى جدول التسمية بسعر يزيد كثيراً عن السعر المتفق عليه فى العقد . وطلب من المتهم أن يورد كميات من المسلى ابتداء من ١٠ يناير سنة ١٩٤٧ . فطالب بأن يتم الحساب على أساس السعر المقرر بالتسمية ، وهو ما يتفق مع فتوى قسم الرأى الأول ، على أساس أن العقد فى هذه الحالة من العقود الممتدة . والغريب أن الوزارة قد أقرت المتعاقد على رأيه ، وحاسبته على أساس التسمية . ولكن كلا من إدارة الرأى وقسم الرأى مجتمعاً ذهبا الى العكس ، وقالوا بوجود استرداد فرق السعر منه على أساس محاسبته على السعر الوارد فى العقد . لأن هذه الأسعار قد تضمنها عقد مبرم بتاريخ سابق على ادخال الصنف فى التسمية ، وإن ادخاله فيها كان بعد انقضاء ثلاثة أرباع العام المتعاقد على التوريد فيه ، كما أن البند الأول من قائمة الأثمان قد نص على أنه لا يعق للمتهم أن يطالب بأية زيادة فى أسعار عطائية تنتج من تقلبات الأسعار وزيادتها فى السوق ، وأن الوزارة لن تلتفت لمثل هذه الأسباب ، وهذه الفتوى الثانية محل نظر ، لأن تفاوت الأسعار فى السوق شئ ، وتحديد سعر السلعة على أساس التسمير الجبرى شئ آخر . ولهذا فأننا مع المبدأ الذى ورد فى الفتوى الأولى . وسوف نعود الى هذا الموضوع عند دراسة نظرية عمل الأمير .

٤ - ويعتبر أن السعر قد حدد بصفة نهائية منذ اللحظة التى يتم فيها إبرام العقد ، بحيث لا يعتمد بالظروف التى تسبق تلك

اللحظة أو تأتي بعدها^(١) . ومن هذه اللحظة أيضا يستقر السعر ، ويصبح ملزما للطرفين ، فالمتعاقد لا يستطيع أن يتحلل منه بحجة أنه أخطأ في الحساب أو لم يقدر الظروف تقديرا جيدا^(٢) . وهذه القاعدة تصدق بالنسبة الى الادارة أيضا^(٣) .

ولا يقصد بذلك بطبيعة الحال الأخطاء المادية التي قد تقع من الطرفين في عملية الحساب أو كمية الأعمال ، وقد نصت المادة ٢٥ من اللائحة الجديدة على أنه « اذا شكنا مقدم المطام من حصول خطأ مادي في عطائه ، فيكون الفصل في الشكاوى من اختصاص لجنة البيت والوزير المختص بعد استطلاع رأى الجهة المختصة في مجلس الدولة اذا اقتضى الأمر ذلك » .

ثم انه لا يجوز للمتعاقد المطالبة بفرق سعر مرجعه الى ارتفاع تكاليف لميشة أو الأسهم بعد التعاقد^(٤) . ولا يحق له أيضا الاحتجاج بأن الادارة قد دفعت سعرا أعلى في حالات أخرى مماثلة^(٥) ، أو أن القيمة الحقيقية للسلع الموردة تزيد على السعر المتفق عليه في العقد^(٦) . وبصفة عامة ليس للمتعاقد أن يطالب بزيادة في السعر على أساس اعتبارات العدالة (considérations d'équité) وكما يقيد السعر المتفق عليه المتعاقد ، فانه يقيد الادارة ، وبالتالي يفلت من سلطتها في التعديل كما ذكرنا ، بحيث لا تستطيع أن تعدل في فئاته ، ولا في كيفية الوفاء به .

(١) حكم المجلس الصادر في ١٧ يناير سنة ١٩٥١ في قضية Ville de Joinville le Ponts المجموعة ص ٢٤ .

(٢) حكم المجلس الصادر في ١٦ أكتوبر سنة ١٩٤٨ في قضية «Antoine» المجموعة ص ٩٣٩ .

(٣) حكم المجلس الصادر في ٢١ مايو سنة ١٩٤٨ في قضية «Coopérative production» المجموعة ص ٦٤١ .

(٤) حكم المجلس في ٥ فبراير سنة ١٩٣١ في قضية «Ancona» المجموعة ص ١٣٧ وفي ٥ يونيو سنة ١٩٤٢ في قضية «Etabl-Bancel» المجموعة ص ١٩١ .

(٥) حكم المجلس في ٩ مارس سنة ١٩٥١ في قضية «Didonna» المجموعة ص ١٤٨ .

(٦) حكم المجلس في ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ في قضية «Assec. synd propriétaires de Bernières» المجموعة ص ٥٦ .

ولكن استقرار السعر المتفق عليه في العقد ، لا يعنى جموده المطلق ، بل يجوز تعديل السعر الأصلي بأحدى وسيلتين :

الأولى : باتفاق بين الادارة والمتعاقد ، وحينئذ يجب أن تكون نية التعديل قاطعة ، وأن توافق على التعديل ، السلطة المختصة بإبرام العقد الأصلي^(١) .

هذا وقد أقرت المحكمة الادارية العليا بحرية المتعاقدين في تدبير السعر - في غير ما يتصل بالنظام العام بطبيعة الحال - وذلك في حكمها الصادر في ١٧ يناير سنة ١٩٧٠ (س ١٥ ، ص ١٤٦) في قضية تتخلص ظروفها فيما يلي : تماقت وزارة التربية والتعليم مع احدى الشركات على توريد آلات من الخارج . وخلال المدة التي يجوز فيها التوريد ، تقررت فروق علاوة تحويل العملة بنسبة ٢٠٪ تقدمت الشركة الى الوزارة طالبة اعفاءها من الزيادة في السعر ، ولكن الادارة رفضت ، فتقدمت الشركة بطلب تخير فيه الادارة بين أحد حلول ثلاثة : اما اعفاء الشركة من العلاوة ، واما أن تسدها الشركة نسيابة عن الوزارة ثم تسردها ، واما أن تعفى الشركة من التوريد بلا مسئولية . فقبلت الادارة الحل الثاني ، ولكن بعد أن تم التوريد رفضت الادارة الدفع استنادا الى المادة ٤٣ من لائحة المناقصات والمزايدات القديمة . ولكن المحكمة الادارية العليا ألزمت الادارة بالدفع مقررة « أن الثمن الذي يتحدد باتفاق في العقود الادارية ، وان كان يقيد كأصل عام طرفيه ، الا أن ذلك لا يمنع قانونا من الاتفاق على تعديله ... واذا صدر هذا التعديل عن السلطة المختصة التي أبرمت العقد الأصلي ، فإن التعديل يكون قد استوفى شرائطه القانونية وواجب التنفيذ ... وأنه ليس ثمة حظر من قانون أو نظام عام على أن ينطوى الثمن في العقود الادارية على فروق علاوة تحويل العملة أو ما في حكمها ، فلا مخالفة - والحالة

(١) حكم المجلس الصادر في ١٢ يناير سنة ١٩٢٢ في قضية «*معروف*» المجموعة ص ٢٣ .

(٢ - ٣٨ العقود الادارية)

هذه - فى اتفاق طرفى العقد على زيادة الثمن بما يوازى قيمة هذه الملاوة «^(١)» .

الثانية : أن يصدر قانون بتمديد الأسعار أو بتحويل أحد الطرفين المتعاقدين الحق فى المطالبة بتعديل السعر المتفق عليه أصلا .

٥ - ويحدث أحيانا ألا يتضمن العقد كيفية تحديد الثمن ، وذلك فى حالات منها :

(أ) أن تطلب الادارة - فى حالة التعاقد بأمر مباشر - من متعهد أن يورد سلعا معينة على أن يقدم فاتورة الحساب فيما بعد . وحينئذ يلجأ الى الطريقة المقررة تشريعا لتحديد الثمن ، والا حدد بناء على سعر السوق وقت الشراء .

(ب) أن تأمر الادارة المقاول (أو المورد) بتنفيذ أكثر مما اتفق عليه فى العقد . ويختلف الوضع فى هذه الحالة وفقا لما اذا كانت تلك الزيادة من جنس موضوع العقد الأصلي ، وهنا يطبق السعر الأصلي ، أو كانت تختلف عنها ، فيقدر السعر بطريقة جديدة .

(ج) وقد تضمنت الفقرة الرابعة من المادة ٥٤ من اللائحة الجديدة (والى تقابل ذات الفقرة من المادة ٣٦ من اللائحة الملغاة) حكما خاصا بسكوت المناقص عن تحديد سعر للبضائع أو الأعمال موضوع التعاقد حيث تقول : « واذا سكت مقدم العطاءات فى مناقصات توريد الأصناف عن تحديد سعر صنف من الأصناف المطلوب توريدها بقائمة الأسعار المقدمة منه ، فيعتبر ذلك امتناعا منه عن الدخول فى المناقصة بالنسبة الى هذا الصنف . أما فى مقاولات الأعمال ، فلجهة الادارة - مع الاحتفاظ بالحق فى استبعاد العطاء - أن تضع للبند الذى سكت مقدم العطاء عن تحديد فئته أعلى فئة لهذا البند فى العطاءات المقدمة ، وذلك للمقارنة بينه وبين سائر العطاءات . فإذا أرسى

(١) كما قضت المحكمة الادارية العليا للشركة المدنية بالفوائد القانونية بواقع ٤٪ من تاريخ المطالبة القضائية .

عليه المناقصة فيعتبر أنه ارتضى المعاسبة على أساس أقل فئة لهذا البند ، في العطاءات المقدمة ، دون أن يكون له حق المنازعة في ذلك » .

(د) وأخيرا هناك حالة الأعمال الزائدة التي يقوم بها المتعاقد دون أن تطلبها منه الإدارة صراحة : وأظهر ما تكون هذه الحالة ، في عقد الأشغال العامة . ولكن ليس هناك ما يحول دون تطبيق القواعد التي قررها القضاء بمناسبة تنفيذ هذا العقد ، على غيره من العقود .

والأصل المقرر في هذا الصدد ، أن يقتصر المتعاقد على تنفيذ الأعمال المطلوبة منه دون غيرها . وليس له أن يضيف إليها من عنده . فإذا أخل بهذا الالتزام كان عليه أن يتحمل نتيجة خطئه . ولكن مجلس الدولة الفرنسي يُلطف من حدة هذه القاعدة من عدة نواح ، فيجيز للمتعاقد الذي نفذ أكثر من التزاماته المقررة بالمقد ، المطالبة بمقابل هذه الزيادة في الحالات الآتية :

أولا : حالة الأعمال الضرورية (Les travaux nécessaires) وهي أعمال لم ينص عليها في العقد ، ولكن يتبين أثناء التنفيذ أنها ضرورية لحسن تنفيذ المشروع ، وفقا لقواعد الفن المرعية . وإذا كان مجلس الدولة الفرنسي يعوض عن هذه الأعمال ، فإن أحكامه تشترط الضرورة صراحة ، وتنص مثلا على أن الأعمال الزائدة « لا غنى عنها » ^(١) (indispensable) أو أنها تمثل « ضرورة حتمية » ^(٢) (d'absolue nécessité) لكنه في أحكام أخرى يكتفى بالضرورة المجردة ^(٣) .

(١) حكم المجلس الصادر في ١٨ أبريل ١٩٤٥ في قضية «Orésee» المجموعة ص ٧٨ وفي ٢٢ يونية سنة ١٩٤٥ في قضية «Belvéry» المجموعة ص ١٣٣ .
(٢) حكمه في أول أبريل سنة ١٩٢٧ في قضية «Doerénbecher» المجموعة ص ٤٤٠ وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٥ في قضية «Brunet» المجموعة ص ١٥٥٢ وفي ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ في قضية «Bavi» المجموعة ص ١١٤٥ .
(٣) حكمه في ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ في قضية «Commune de Teyran» المجموعة ص ٤٨٧ ، وفي ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ في قضية «Polou» المجموعة ص ١٣٦٧ وفي ٩ فبراير سنة ١٩٥١ في قضية «Ville de Nices» المجموعة ص ٨٠ .

ويتخذ المجلس من اعتراف الادارة دليلا على تلك الضرورة^(١) .
وأحيانا يكتفى بأن الادارة لم تجادل في صفة الضرورة التي تتسم
بها الأعمال^(٢) .

وإذا تقررت صفة الضرورة للعمل الزائد الذي قام به المتعاقد ،
فانه يتمين على الادارة أن تدفع له مقابل هذه الزيادة على أساس
السعر المتفق عليه في العقد للأعمال الأصلية^(٣) .

ثانيا - حالة الأعمال المفيدة (Les travaux utiles) وهي أعمال
لا تستلزمها ضرورة ملحة كما في الحالة السابقة ، ولكن تنفيذها يعود
على الادارة بفائدة لا شك فيها . وفي هذه الحالة ، يموض مجلس
الدولة الفرنسي عنها بشرط ألا تكون الادارة قد اعترضت على تنفيذ
الأعمال الزائدة^(٤) .

فإذا تقررت صفة النفع للأعمال الزائدة ، فان مجلس الدولة
الفرنسي يعوض عنها ، لا على أساس المقرر في حالة الأعمال
الضرورية ، ولكن على أساس ما عاد على الادارة من فائدة^(٥) ، ذلك
أن مسئولية الادارة في هذه الحالة انما ترجع الى فكرة الاثراء بلا
سبب ، بعكس الأعمال الضرورية التي تعتبر من قبيل الامتداد

(١) حكه في قضية «Ville de Nice» المشار اليه في الهامش السابق .

(٢) حكه في ٥ أغسطس سنة ١٩١٠ في قضية «Grouvelles» المجموعة ص ٨٢١ .

(٣) حكه في ١١ يونية سنة ١٩٤٣ في قضية «Grands travaux de Marseille»
المجموعة ص ١٤٨ .

(٤) حكم المجلس الصادر في ١٠ مارس سنة ١٩٤٤ في قضية «Pelou» المجموعة
ص ٨٨ حيث يقول :

«Il résulte de l'instruction que les travaux dont il s'agit présentaient un caractère
d'utilité pour la commune et que les autorités communales qui ont été à même de
les suivre ne sont pas opposées à leur exécution; ladite commune, ayant bénéficié
de ces travaux est tenue d'en indemniser le requérant dans la mesure du profit qu'il
elle en a retiré».

«Profit que l'administration a retiré du travail».

(٥)

حكه الصادر في قضية «Pelou» المشار اليها في الهامش السابق ، وفي ٥
أبريل سنة ١٩٢٢ في قضية «Tardys» المجموعة ص ٣٢٥ .

للمعقد، وفقا للنية المفترضة للطرفين (L'intention présumée des parties) ذلك أنه يفترض أن المتعاقدين قد رضيا مقدما بأن يقوم المتعاقد بتنفيذ جميع الأعمال اللازمة للمشرع المتفق عليه^(١) .

٦ - وبالنظر الى كثرة الأعمال العامة التي تتطلبها خطة التنمية ، فان بعض شركات القطاع العام قد لا تتحمس للدخول في المناقصات العامة التي تجريها الدولة لسبب أو لآخر ، أو تقدم أسعارا مغالى فيها اعتمادا على ضعف عنصر المنافسة . ولهذا الأسباب ، صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٦٢ (في شأن تنفيذ أعمال خطة التنمية الاقتصادية) وهو يجيز في مادته الأولى لوزير الاسكان والمرافق أن يكلف أيما من شركات أو منشآت المقاولات الداخلة في القطاع العام ، بتنفيذ الأعمال اللازمة لخطة التنمية الاقتصادية . كما أنه ينص في مادته اثنائية ، على محاسبة هذه الشركات على ما تقوم به من أعمال بالطريقة التالية : « تتم محاسبة الشركات المذكورة على أعمالها اللازمة لتنفيذ الأوامر الصادرة اليها طبقا للأسعار التي تعددها لجان تشكل بقرار من وزير الاسكان والمرافق . . . وتكون قرارات هذه اللجنة نافذة بعد اعتمادها من وزير الاسكان والمرافق » .

ولكن يلاحظ أن ائتمل المجهود به الى شركات القطاع العام في هذه الصورة ، لا يتم عن طريق عقد ، ولكن بطريق التكاليف الاداري أي بقرار اداري ، مما يخرج به عن نطاق الدراسات الخاصة بالمعقد ، والتي يتحمل فيها المتعاقد التزاماته يرضائه . ولكن هذه الحالة تكشف - للمرة الثانية - عن الحاجة الى تنظيم عنصر المنافسة في نطاق القطاع العام ، وهو الأمر الذي أشرنا اليه أكثر من مرة .

(١) جيز . مؤلفه السابق في المعقد ، الجزء الثاني ، ص ٦٧٤ . ومطول دي لوبادير في المعقد ، الجزء الثاني ، ص ٢٢٣ . وأن كان هذا النقيض الأخير ، قد أضاف الى فكرة النية المشتركة للطرفين . فكرة الفضالة (La gestion d'affaire)

الفرع الثانى

تسديد الثمن

١ - يهيم على موضوع تسديد الثمن القاعدة العامة المتبعة فى حسابات الدولة ، وهى أن الدفع لا يكون الا بعد اداء الخدمة (Paim ent après service fait) ويترتب على تطبيق هذه القاعدة تطبيقا حرفيا ، أنه يتمين على المتعاقد مع الادارة أن ينجز جميع التزاماته قبل المطالبة بمستحققاته قبل الادارة . ولكن الملاحظ عملا أن المتعاقد قد يلتزم بانفاق مبالغ طائلة فى سبيل اتمام المشروع محل التعاقد ، أو استرداد البضائع المطلوب توريدها . الخ وقد يستغرق التنفيذ مددا طويلة ، ومن ثم فقد لطف العمل من حدة القاعدة السابقة . فاحيانا تنص العقود على التزام الادارة بدفع جزء من الثمن يقابل جزءا من الخدمة التى اديت ، كثمن البضائع التى وردت فعلا ، أو ما تم تنفيذه من عمل مما يطلق عليه بالفرنسية اصطلاح (Les acomptes) وأحيانا أخرى تلتزم الادارة بدفع مبالغ تحت الحساب (Les avances) وقد تدخل المشرع الفرنسى سنة ١٩٥٣ ونظم كلا من الطريقتين^(١) .

٢ - وبالرجوع الى لائحة المناقصات والمزايدات نجد أنها قد أخذت بالفكرة السابقة ، فالمادة ٨٣ من اللائحة الجديدة ، والتى تقابل المادة ٩٥ من اللائحة المنقاة ، تنظم كيفية الدفع تحت الحساب بالنسبة الى مقاولي الأشغال العامة على النحو التالى :

(أ) ٨٠٪ من القيمة المقررة للأعمال التى تمت فعلا مطابقة للشروط والمواصفات وذلك مع وقع الفئات الواردة بالجدول .

(ب) ٦٠٪ من القيمة المقررة للمواد التى وردها المقاول لاستعمالها فى العمل الدائم والتى يحتاجها العمل فعلا ، بشرط أن تكون مطابقة للشروط وموافقا عليها ، وأن تكون مشونة بموقع

(١) راجع مقال الأستاذ «Montmeries» بعنوان «Acomptes et Avances» منشور فى مجموعة «Actual. jurid. 1953 p. 217» وراجع مطول الأستاذ دى لوبادير فى المقود الجزء الثانى ، ص ٢٥٥ .

المعمل فى حالة جيدة بعد اجراء الجرد الفعلى اللازم وذلك من واقع
فئات العقدة .

(ج) بعد تسلم الأعمال مؤقتا تقوم جهة الادارة بتحرير الكشف
الاحتياطية بقيمة جميع الأعمال التى تمت فعلا ، ويصرف للمقاول
عقب ذلك مباشرة ما يستحقه بعد خصم المبالغ التى سق صرفها على
الحساب أو أية مبالغ أخرى مستحقة .

كما أن المادة ٩١ من اللائحة الجديدة (والمقابلة للمادة ٥١ من
اللائحة المرفقة) تفترض ذات المبدأ حيث توجب صرف ثمن الأصناف
الموردة فى خلال خمسة عشر يوم عمل على الأكثر تحسب من تاريخ
اليوم التالى لاتمام اجراءات التحليل الكيمايى أو الفحص الفنى .

هذا ويلاحظ ما أفتت به ادارة الفتوى لوزارة المالية فى ١٢
نوفمبر سنة ١٩٥٦ (المجموعة ١ لسنة ١١ ، ص ١٧٩) من أنه فى
المعقود التى تتم بمجرد عملية الشحن على السفينة ، لا يعتبر دفع
الوزارات والمصالح لثمن مشترياتها من الاعتمادات المفتوحة فى
الخارج ، وفى حالة الشراء «C.A.F.» أو «C.I.F.» مقابل تسليم مستندات
الشحن ، لا يعتبر هذا دفعا مقدما ، اذ أن التسليم فى هذه البيوع
يتم فى ميناء الشحن ، ومن ثم لا يكون فى اجراء الدفع على الوجه
المذكور مخالفة للتعليمات المالية .

٣- الأصل المقرر فى هذا الصدد أن جهة الادارة المتعاقدة
هى التى تكون مدينة بدفع الثمن . والغالب ألا صموبة فى تحديدها ،
لأن نصوص العقد تكون قاطمة فى هذا الخصوص . ولكن يحدث
أحيانا أن يثور شك حول جهة الادارة المدينة . ويجرى مجلس الدولة
الفرنسى على الاستهداء فى هذه الحالة بقاعدة الشخص العام الذى
تم التوريد أو نفذ العمل لحسابه^(١) .

«La personne publique pour le compte de la quelle le travail ou la
fourniture ont été exécutés par le contractant».

(١) حكمه الصادر فى ٣٠ يناير سنة ١٩٣٥ فى قضية
«Dames Blet Devred»
المجموعة ص ١٣٣ - وفى ١٩ يناير سنة ١٩٤٥ فى قضية
«Bank d'escompte»
المجموعة ص ٢١ .

أما الدائن بالثمن ، فهو المتعاقد الآخر . ويتمين على الادارة أن تدفع له الثمن وفقا للمبادئ المقررة فى القانون الخاص^(١) .

كما أن دائنى المتعاقد يستطيعون استعمال الدعوى غير المباشر (L'action oblique) فى مواجهة الادارة^(٢) .

وإذا كان المتعاقد الأصل قد نزل عن عقده لأحد الأفراد ، وأقرت الادارة هذا النزول على النحو الذى رأيناه فيما سبق ، فإنه يتمين على الادارة أن تدفع الثمن لهذا الأخير .

٤ - ولا يستحق المتعاقد الثمن الا اذا وفى بالتزامه كاملا ، وعلى الوجه السليم ، وفقا للقواعد المقررة . وقد تولت اللائحة تحديد ذلك فى المواد ٩٧ و ٩٨ و ٩٩ بالنسبة الى عقود الأشغال العامة ، وفى المواد من ١٠٠ الى ١٠٤ منها بالنسبة لعقود التوريد . ونكتفى هنا بإيراد هذه المواد :

أولا - بالنسبة الى عقود الاشغال العامة :

مادة ٨٥ من اللائحة الجديدة (والمقابلة للمادة ٩٧ من اللائحة الملغاة) « على المقاول بمجرد اتمام العمل أن يخلى الموقع من جميع المواد والآتربة والبقايا وأن يمهده والا كان لجهة الادارة الحق - بعد اخطاره بكتاب موصى عليه - فى ازالة الآتربة على حسابه واخطاره كتابة بذلك ، ويخطر عندئذ بالموعد الذى عين لاجراء المعاينة ويحرر محضر التسليم المؤقت بعد اتمام المعاينة ، ويوقعه كل من المقاول أو مندوبه الموكل بذلك بتوكيل مصدق عليه ومندوبى جهة الادارة الذين يخطر المقاول بأسمائهم . ويكون هذا المحضر من ثلاث نسخ تسلم احداها للمقاول . وفى حالة عدم حضوره أو مندوبه فى الميعاد المحدد ، تتم المعاينة ويوقع المحضر من مندوبى جهة الادارة وحدهم ،

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٩٤٥ فى قضية «Etablis Brandis» المجموعة ص ٣٠٩ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٨ مارس سنة ١٩٢٢ فى قضية «Farvet» المجموعة ص ٣٦٠ .

واذا تبين من المعاينة أن العمل قد تم على الوجه المطلوب ، اعتبر تاريخ اخطار المقاول لجهة الادارة باستعداده للتسليم المؤقت موعد انتهاء العمل وبدء مدة الضمان . واذا ظهر من المعاينة أن العمل لم ينفذ على الوجه الأكمل ، فيثبت هذا في المحضر ، ويؤجل التسليم الى أن يتضح أن الأعمال قد تمت بما يطابق الشروط هذا مع عدم الاخلال بمسئولية المقاول طبقا لأحكام القانون المدني . وتبدأ من تاريخ المعاينة الأخيرة مدة الضمان .

وبعد اتمام التسليم المؤقت يرد للمقاول - اذا لم توجد قبله مطالبات للجهة المتماقدة أو لأية مصلحة حكومية - ما زاد من قيمة التأمين النهائي عن النسبة المحددة من قيمة الأعمال التي تمت فعلا ، وتحفظ للجهة المتماقدة بهذه النسبة لحين انتهاء مدة الضمان واطمام التسلم النهائي » .

مادة ٨٦ - من اللائحة الجديدة (والمقابلة للمادة ٩٨ من اللائحة المفقاة) « يضمن المقاول الأعمال موضوع العقد وحسن تنفيذها على الوجه الأكمل لمدة سنة واحدة من تاريخ التسلم المؤقت وذلك دون اخلال بمدة الضمان المنصوص عليها في القانون المدني .

واقاوم مسئول عن بقاء جميع الأعمال سليمة أثناء مدة الضمان ، فاذا ظهر بها أى خلل أو عيب يقوم باصلاحه على نفقته . واذا قصر فى اجراء ذلك فلجهة الادارة أن تجريه على نفقته وتعت مسئوليته » .

مادة ٨٧ - من اللائحة الجديد (والمقابلة للمادة ٩٩ من اللائحة المفقاة) « قبل انتهاء مدة الضمان بوقت مناسب يخطر المقاول جهة الادارة كتابة للقيام بتحديد موعد للمعاينة .

ومتى تبين أن الأعمال قد نفذت مطابقة للمواصفات بحالة جيدة فيتم تسلمها نهائيا بموجب محضر مع ثلاث صور يوقعه كل مع

جهة الادارة والمقاول أو مندوبه الرسمى وتمطى للمقاول صوره منه .
واذا ظهر من الماينة أن المقاول لم يتم بيمض الالتزامات فيؤجل التسليم النهائى لحين قيامه بما يطلب اليه من الأعمال ، هذا مع عدم الأخلال بمسئوليته طبقا لأحكام القانون المدنى . وعند تمام التسليم النهائى يدفع للمقاول ما قد يكون مستحقا له من مبالغ ويرد اليه التأمين النهائى أو ما تبقى منه » .

ثانيا - بالنسبة الى عقود التوريد :

مادة ٨٨ من اللائحة الجديدة ، (والمقابلة للمادة ١٠٠ من اللائحة الملفة) - « يلتزم المتعهد بتوريد الأصناف المتماقد عليها ، فى الميماذ أو المواعيد المحددة خالصة جميع المصروفات والرسوم ، ومطابقة لأمر التوريد وللخواصفات أو المينات المعتمدة » .

ويتسلم أمين مخزن الاستقبال ما يورده المتعهد بالعدد أو الوزن أو المقاس بحضور مندوب المتعهد ، ويمطى عنه ايصالا مؤقتا مختوما بخاتم جهة الادارة موضعا به اليوم والساعة التى تم فيها التوريد ، ويقرر فيه حالة الأصناف من حيث سلامتها وذلك لحين اخطار المتعهد بميماذ اجتماع لجنة الفحص ليتمكن من حضور اجراءات الفحص والاستلام النهائى . ويجب أن يتم ذلك الاخطار فى خلال ثلاثة أيام عمل من تاريخ اليوم التالى لصدور الايصال المؤقت . وعلى أمين مخزن الاستقبال فور تسلمه الأصناف الموردة اخطار رئيس لجنة الفحص بذلك لاتخاذ اللازم » .

ويعتبر قرار اللجنة بقبول أو رفض الأصناف نهائيا وذلك بمجرد اعتماده من السلطة المختصة بالاعتماد » .

مادة ٨٩ : من اللائحة الجديدة (والمقابلة للمادة ٨٩ من اللائحة الملفة) : « يلتزم المتعهد بأن يقدم فاتورة الاصناف الموردة من أصل وصورتين » . وفى حالة قيامه بالتوريد بناء على طلب جهة الادارة الى جهة غير الجهة المتماقد على التوريد اليها ، يجب أن ترافق الفواتير

مستندات تثبت قيمة مصروفات النقل الاضافية حتى يمكن رد هذه المصروفات اليه » .

المادة ٩٠ : من اللائحة الجديدة (والمقابلة للمادة ١٠٢ من اللائحة الملغاة) « اذا رفضت لجنة الفحص صنفًا أو أكثر من الأصناف الموردة ، أو وجد فيها نقص أو مخالفة للمواصفات أو للمعينات المعتمدة يخطر المتعهد بذلك كتابة بالبريد الموصى عليه يعلم الوصول بأساب الرفض ويوجب سحب الأصناف المرفوضة وتوريد بدلها . ويجب أن يتم ذلك الاخطار فور صدور قرار اللجنة في ذات اليوم أو اليوم التالي على الأكثر ، يلتزم المتعهد بسحب الأصناف المرفوضة خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ اليوم التالي لاختطاره ، فاذا تأخر في سحبها فيكون لجهة الادارة الحق في تحصيل مصروفات تخزين بواقع ٢٪ من قيمة الأصناف عن كل أسبوع تأخير أو جزء منه ولمدة أقصاها أربعة أسابيع . وبعد انتهاء هذه المدة ، يكون لجهة الادارة الحق في أن تتخذ اجراءات بيعها فوراً وأن تخصم من الثمن ما يكون مستحقاً لها ، ويكون البيع في هذه الحالة وفقاً لأحكام هذه اللائحة » .

المبحث الثاني

الرسم

١ - ذكرنا فيما سبق أن الشروط المتعلقة بالمقابل النقدي في العقود الادارية ، تعتبر شروطاً تعاقدية ، وبالتالي لا تتناولها سلطة الادارة بالتعديل .

ولقد ذهب الفقه في أول الأمر الى تطبيق ذات القاعدة فيما يتعلق بمقد الامتياز . ولكن هذا الرأي مهجور في الوقت الحاضر فقها وقضاء وتشريعا ، اذ يستثنى المقابل النقدي في حالة عقد الامتياز ، وتعتبر الشروط المتعلقة به من قبيل الشروط اللائحية . ومن ثم فان هذا المقابل لا يسمى أجراً ، بل رسماً «taxe» تمييزاً له عن الثمن أو الأجر أو الفائدة ... الخ في العقود الأخرى .

ولم يعد هذا الرأي محل اجتهد في مصر ، فقد حسسه المشرع في المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ حيث يقول : « لمانح الالتزام دائما ، متى اقتضت ذلك المنفعة العامة ، أن يعدل من تلقاء نفسه أركان المرفق العام ، موضع الالتزام ٠٠٠ وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به » بهذا النص الحاسم قطع المشرع المصري السبيل على رأى فى الفقه الفرنسى ، يميز بالنسبة الى الرسوم بين حالتين :

(أ) فى علاقة كل من الادارة والملتزم بالمنتفعين وفى هذه الحالة ينضم هذا الفريق من الفقهاء الى الرأى الغالب ، والذي يمتبر الشروط المتعلقة بتحديد الرسم ذات طبيعة لائحية .

(ب) أما فى علاقة الادارة بالملتزم : فيذهب هذا الرأى الى أن تلك الشروط تحتفظ بطبيعتها التعاقدية ، وبذلك لا يجوز للادارة أن تستقل بتعديل المقابل المتفق عليه .

وهكذا ينتهى هذا الرأى الى ازدواج طبيعة هذه الشروط^(١) .

٢ - وتتولى عقود الامتياز تحديد الرسوم التى يجوز للملتزم تقاضيتها من المنتفعين . والمادة أن تتولى الادارة بنفسها تحديد هذه الرسوم بعد استشارة الملتزم ، ولكن هذه الاستشارة لا تطبع تلك الشروط بالطابع التعاقدى كما ذكرنا^(٢) . وقد يعدد الرسم بصورة قاطمة . ولكن المشاهد الآن أن تحديد الرسم يميل الى المرونة ، فكثيرا ما تكتفى الادارة بتحديد الحد الأقصى (Le tarif maximum) ولقد ذهب الفقيه جيز الى أن تقليد الحد الأقصى للرسم لا معنى استقلال

(١) راجع رسالة الفقيه «Textes» بعنوان : «Les concessions de service public de distribution de l'électricité»

مقدمة هذه الرسالة التى كتبها الأستاذ «Mestres» وأيد فيها الرأى السابق . وراجع تقرير المفوض «Létourneur» فى قضية «Journal l'Aurore» التى صدر فيها حكم المجلس فى ٢٥ يونية سنة ١٩٤٨ ، منشور فى مجموعة ميرى ، سنة ١٩٤٨ القسم الثالث ص ٧١ . وراجع بحث الفقيه «L'Huillier» الذى سبقته الإشارة اليه ، والمنشور فى دالوز سنة ١٩٥٣ ، ص ٥٢ .

(٢) مطول جيز فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٥٥٤ .

الملتزم المطلق فى الانفراد بتحديد المبلغ الذى يتقاضاه من المنتفعين فى نطاق الحد الأقصى المنصوص عليها فى عقد الامتياز ، بل يتمتع على الملتزم - فى نظره - الحصول على تصديق الادارة على الرسم الذى حدده فى نطاق الحد الأقصى^(١) .

ولكن الفقيه دى لوبادير يرى أنه لا محل للشرط السابق الذى قال به جيز ، ويرى أن القضاء لا يؤكده ، ذلك أن مجلس الدولة الفرنسى يغول الملتزم حرية تحديد الرسم فى نطاق الحد الأقصى^(٢) . وليس ثمة أهمية للتمييز بين الرايين ، ما دمتنا نسلم بحق الادارة فى تعديل الرسم فى كل وقت ، فهذه السلطة تخول الادارة تعديل الحد الأقصى المنصوص عليه فى العقد ، وتعديل الرسم الذى يتقاضاه الملتزم من المنتفعين فعلا . وربما كان رأى جيز أفضل من حيث زيادة الرقابة التى تمارسها الادارة . على أنه يلاحظ من ناحية أخرى أن الادارة حينما تخول الملتزم الحرية المشار اليها فانها كثيرا ما تضمن عقد الامتياز نصا صريحا يوجب تصديق الادارة على الرسم الفعلى الذى يقرر الملتزم اقتضاه من المنتفعين .

٣ - وترد على حرية الادارة والملتزم قيود فيما يتعلق بتحديد الرسم أيا كانت الطريقة المتبعة فى تحديده . ويمكن رد هذه القيود الى الاعتبارات التالية :

أولا - مبدأ المساواة بين المنتفعين فى الرسم (Le principe de l'égalité de traitement) فالمرافق العامة تخضع - كما ذكرنا مرارا - لقاعدة المساواة بين المنتفعين ، وتجد هذه القاعدة صداها فيما يتعلق بضرورة التسوية بين المنتفعين فى الرسوم التى يقررها عقد الامتياز ،

(١) مطوله فى المقود ، الجزء الثانى ، ص ٥٥٦ حيث يقول :

«... Tout tarif doit être homologué, s'il ne dépasse pas le maximum».

(٢) مطول دى لوبادير فى المقود ، الجزء الثانى ، ص ٢٢٧ وقد استشهد على رأيه بحكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٣ أبريل سنة ١٩٣٥ فى قضية «Ville de Raincy» المجموعة ص ٤٢٤ .

ورد على الأحكام التى استشهد بها جيز ، بأن عقود الامتياز فيها ، كانت تشترط صراحة تصديق الادارة على الرسوم التى يحددها الملتزم فى نطاق الحد الأقصى .

اذ يتمين على الادارة حين تحدد الرسم بمفردها ، وعلى الملتزم حين يترك له بعض الحرية فى تحديد الرسوم ، احترام القاعدة السابقة ، وهنا أيضا ، قننت هذه القاعدة تشريعيًا فى مصر ، فقد نصت المادة ٦٧٠ من القانون المدنى على ما يلى :

١ - اذا كان ملتزم المرفق محتكرا له احتكارا قانونيا أو فعليا وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه ، سواء فى الخدمات أو فى تقاضى الأجور .

٢ - ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوى على تخفيض الأجور أو الاعفاء منها ، على أن ينتفع بهذه المعاملة مع يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام ، ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين .

٣ - وكل تمييز يمنح على خلاف ما تقضى به الفقرة السابقة ، يوجب على الملتزم أن يמוש الضرر الذى قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من اخلال بالتوازن الطبيعى فى المنافسة المشروعة » .

واذا كان نص المادة السابق ، قد تحدث عن الالتزام الذى يتضمن احتكارا فعليا أو قانونيا ، وهى الحالة الغالبة فى عقود الالتزام ، فان المسلم به وفقا لقواعد القانون الادارى أن قاعدة المساواة تشمل جميع أنواع المرافق العامة ، وبصرف النظر عن طبيعة المرفق . بل لقد حاولت الادارة أن تستثنى من القاعدة السابقة المرافق الاقتصادية والتجارية ، بحجة أن هذا النوع من المرافق يدار وفقا لظروف القانون الخاص . والمشروعات الخاصة ، لا تخضع لقاعدة التسوية بين العملاء . ولكن مجلس الدولة الفرنسى رفض وجهة النظر السابقة رفضا باتا^(١) .

(١) حكم المجلس الصادر فى أول أبريل سنة ١٩٣٨ فى قضية *Alcool* *démarqué* منشور فى مجلة القانون العام لسنة ١٩٣٩ ، ص ٤٨٧ مع تقرير المفوض *Matouré* الذى رفض وجهة نظر الادارة بقسدة أيضا .

ولكن المساواة لا تعنى بطبيعة الحال المساواة الحسابية أو المطلقة ، ولكن يقصد بها توحيد المعاملة متى تماثلت الظروف . وبالتالي يجوز التمييز اذا اختلفت الظروف . أما ما تحرمه قاعدة المساواة ، فهو خلق امتيازات خاصة لبعض المنتجين لا تستند الى أساس معقول ، وبالتالي يجوز تغيير الرسم وفقا لمبدأ المكان الذى تؤدى فيه الخدمة أو لنوع الخدمة المطلوبة ، أو زمانها . الخ . ولكن مجلس الدولة الفرنسى رفض التمييز الذى يستند الى الاعتبارات التالية :

(أ) تغيير سعر الكهرباء وفقا لمساحة أملاك المنتفع^(١) .

(ب) تغيير سعر توريد المياه وفقا لمدى مقدرة الفنادق والمطاعم والمقاهى على الوفاء^(٢) .

(ج) تحديد سعر البيع بما يقيم تمييزا بين المصانع التى أنشئت قبل تاريخ معين وبمعدده^(٣) .

ثانيا - تحديد المشرع صراحة للسعر الذى يتمتعين أن تقدم به الخدمة كما لو حدد سعر الكهرباء أو الغاز أو الكيروسين . الخ فحينئذ لا تستطيع الإدارة ولا الملتزم أن يخرج على نصوص التشريعات فى هذا الصدد .

(١) حكم الصادر فى أول يوليو سنة ١٩٣٦ فى قضية «Veyres» مجموعة سبرى سنة ١٩٣٧ ، القسم الثالث . ص ١٠٥ وقد جاء فيه قول المجلس :

«Un tel tarif est établi selon des règles qui, pour des usagers remplissant les mêmes conditions par rapport au service public, n'étaient pas égales pour tous».

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٠ فبراير سنة ١٩٢٨ فى قضية «Chambre syndicale des propriétaires marseillais» المجموعة ص ٢٢٢ ، حيث يقول :

«Le règlement avait institué un régime de faveur à l'avantage de certains usagers»

(٣) حكم الصادر فى أول أبريل سنة ١٩٣٨ فى قضية «L'alcool dénaturé»

السابق وقد جاء فيه :

«Si le principe de l'égalité de traitement entre usagers ne fait pas obstacle à ce qu'un barème de prix de cession différentes soit institué faisant état des situations différentes dans lesquelles les industriels acheteurs peuvent se trouver au regard du service public, il résulte de l'instruction qu'un tel objet n'a pas été visé dans l'espèce».

ثالثا - ويجب أن نضيف الى ما تقدم نص المادة الثالثة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والتي تقضى بأنه « لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوى فى صافى أرباح استغلال المرفق العام ١٠٪ من رأس المال الموظف والمرخص به من مانتج الالتزام ، وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال * وما زاد على ذلك من صافى الأرباح يستخدم أولا فى تكوين احتياطي خاص للسنوات التى تقل فيها الأرباح عن ١٠٪ وتقف زيادة هذا الاحتياطي متى بلغ ما يوازي ١٠٪ من رأس المال ويستخدم ما يبقى من هذا الزائد فى تحسين وتوسيع المرفق العام أو فى خفض الأسعار حسبما يرى مانتج الالتزام » وهذا النص عام يسرى على جميع المرافق العامة ، سواء التى أنشئت قبله أو التى تنشأ بعده^(١) . ويترتب على ذلك أن الادارة ملزمة بأن تعيد النظر فى تعريفه الأسعار على ضوء ما يسفر عنه تشغيل المرفق من أرباح وفقا للأسس التى وضعتها المادة الثالثة *

وهذا ليس مجرد حق للادارة ، بل هو واجب عليها ، يستطيع المنتفعون اجباريا على ممارسته اذا قصرت أو أهملت فيه كما ذكرنا *

٤ - واذا كان الرسم المحدد بمقتضى عقد الامتياز يلزم المتعاقد ، بحيث لا يجوز المطالبة بالحصول على أكثر منه ، فان من المسلم به ان جهة الادارة المتعاقدة تستطيع أن تتفق مع الملتزم على زيادة الرسم لمواجهة ظروف جديدة ، بشرط مراعاة الاجراءات المقررة فى هذا الصدد *

والمسلم به أن الادارة اذا رفضت الموافقة على هذه الزيادة ، فان القاضى لا يستطيع أن يحل محلها فى هذا المجال ، فهو لا يستطيع أن يحكم بزيادة الرسم المقرر فى العقد^(٢) ، الا اذا كان عقد الامتياز ذاته ينص على قواعد تتضمن تغيير السعر وفقا لتغير ظروف يحددها

(١) راجع ما سبق ذكره بهذا الخصوص فى موضعه من هذا المؤلف *

(٢) حكمه الصادر فى ٢١ يناير سنة ١٩٤٤ فى قضية «Sté. d'entreprises» المجموعة ص ٢٣ *

(une clause de variation de tarifs) وذلك اذا حدث خلاف بين الادارة والملتزم حول نسبة الزيادة التي يجب تقريرها لمواجهة الظروف الجديدة .

وهذا بخلاف حالة الظروف الطارئة والتي سنعرض لها فيما بعد .

وهكذا تكون سلطة الادارة فى عدم الموافقة على زيادة الرسوم ، من قبيل السلطات التقديرية الواسعة ، ولا يحد منها الا ما يرد فى المقدم من نصوص ، كنص تغيير الاسعار وفقا لتغير الظروف المشار اليه ، أو اذا ضمنت الادارة للملتزم أن يغل المرفق نسبة معينة من الأرباح ، فحينئذ يضمن على الادارة أن توافق على زيادة الرسم بما يحقق تلك النسبة من الأرباح ، الا اذا شاعت أن تتحمل هى الفرق بين ما يغله من ارباح وما ضمنه المقدم منها^(١) .

على أنه اذا كان القاضى لا يستطيع أن يعدل الشروط الخاصة بالرسوم رغم ارادة الادارة ، فان اصرار الادارة على الرفض تمنعنا ، قد يؤدى فى بعض الحالات الى الحكم بالتمويض على أساس الخطأ^(٢) .

(١) حكمه الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٣٧ فى قضية «Tramways de Saint Quentin» المجموعة ص ٦٤٧ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٤ يناير سنة ١٩٥٥ فى قضية «Sté. La fusion des gaz»

(م ٣٩ - العقود الادارية)

الفصل الثالث

التوازن المالي للعقد ومبدأ التعويض بلا خطأ

١ - رأينا مما سبق أن المتعاقد مع الإدارة يتعرض أثناء التنفيذ لتدخل الإدارة ، التي تملك - في الحدود التي رسمناها - زيادة التزاماته أو انقاصها . ولما كانت التزامات المتعاقد في هذه الظروف تتسم بالمرونة ، فإن من الضروري اضافة هذه الصفة على حقوقه المستمدة من العقد أيضا ، نظرا للعلاقة الوثيقة بين التزامات المتعاقد وحقوقه : فالمتعاقد انما يقبل أن يلتزم لأنه يضع نصب عينيه حقوقا معينة يمول عليها ، وما دامت الالتزامات قابلة للزيادة أو النقص ، فيجب أيضا أن يكون هذا هو شأن الحقوق المقابلة لها . وهذا هو ما يمبر عنه بصفة عامة ، بفكرة التوازن المالي للعقد الإداري : (la notion d'équilibre financier) أو التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد والتزاماته . (l'équivalence honnête des prestations) ففكرة التوازن انما هي فكرة ملازمة لحق التعديل الذي شرحناه . ولما كان مثل هذا الحق لوجوده في القانون الخاص ، فإن فكرة التوازن المالي للعقد ، هي فكرة لا مقابل لها في ذلك القانون .

٢ - ولقد ظهرت فكرة التوازن لأول مرة بمناسبة تدخل الإدارة في عقود الامتياز ، وتولى المفوض ليون بلوم صياغتها في تقريره الذي قدمه في قضية (Cie française des tramways) والتي صدر فيها حكم المجلس في ١١ مارس سنة ١٩١٠^(١) . وما يزال الفقه يردد عباراته التي نرى من المصلحة ذكرها في هذا الخصوص . يقول المفوض بلوم :
« Il est de l'essence même de tout contrat de concession de rechercher et de réaliser dans la mesure du possible, une égalité entre les avantages qui sont accordés au concessionnaire et les charges qui lui sont imposées ... Les avantages et les charges doivent se balancer de façon à former le con =

tre partie des bénéfices probable et des pertes prévues. Dans tout contrat de concession est impliquée, comme un calcul, l'équivalence honnête entre ce qui est accordé au concessionnaire et ce qui est exigé de lui ... C'est ce qu'on appelle l'équivalence financière et commerciale, l'équation financière du contrat de concessions».

ومنذ هذا التاريخ أصبح استعمال الاصطلاح دارجا ، قلما تخلو منه مذكرة لمفوضى الدولة في هذا المجال^(١) .

٣ - وإذا كانت فكرة التوازن المالي للمعقود الادارية مسلما بها بصفة عامة ، فان الصعوبة كلها في تحديد مدلولها ، وشروط تطبيقها ، ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي - بما عرف عنه من روح واقعية عملية ، تستهدف الحكم على كل حالة فردية وفقا لظروفها الخاصة ، ودون الاهتمام بالاعتبارات النظرية - لم يكلف نفسه عناء تحديد مدلول فكرة التوازن المالي للمعقود الادارية ، ولا توضيح شروط استعمالها . ومن ثم فقد اختلف بشأنها الفقهاء على النحو التالي :

أولا - من الفقهاء من يجعل النظرية ذات صيغة عامة ، بمعنى أن الادارة تلتزم بضمان التوازن المالي للمقد في كل حالة يختل فيها توازن المعقد ، سواء اكان ذلك بفعل الادارة أو لأمر خارج عن ارادتها . وأوضح من يمثل هذا الاتجاه الفقيه «De Soto» فهو يقول في تعليق له منشور في مجموعة دالوز سنة ١٩٥٠ (ص ٤٥٥) ما يلي^(٢) :

«On sait que parmi les règles essentielles des contrats administratifs figure la règle dite du «maintient de l'équilibre financier du contrat». d'après laquelle, si l'action de l'administration ou une circonstance exceptionnelle ont modifié cet équilibre, une indemnité doit être versée au cocontractant lésé».

(١) حكم المجلس الصادر في ٢٢ نوفمبر سنة ١٩١٢ في قضية «Ville de Rouen» وحكمه الصادر في ٩ مارس سنة ١٩٢٨ في قضية «Cie des scieries africaines» مجلة القانون العام سنة ١٩٢٨ ص ٢٣٦ مع تقرير المفوض «Latournerie» وحكمه الصادر في ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ في قضية «Fromassols» مجلة القانون العام سنة ١٩٢١ ص ٨٠ مع تقرير المفوض «Cornillon» وحكمه في ١٠ أبريل سنة ١٩٣٥ في قضية «Ville de Toulon» مجلة القانون العام سنة ١٩٣٥ ص ٧٨٣ مع تقرير المفوض «Andrieux» .

(٢) وفي تعليق آخر له منشور في مجموعة دالوز سنة ١٩٤٢ ، ص ١١١ يقول :
«Le maintien de cet équilibre constitue une norme fondamentale de la théorie

ثانيا : وذهب رأى آخر - تبناه الدكتور ثروت بدوى فى رسالته عن عمل الأمير التى سبقت الاشارة اليها - الى ضرورة التخلص من فكرة التوازن المالى للمقد ، ذلك أنه يأخذ على هذه الفكرة أنها خطيرة (dangereuse) كما أنها غير صحيحة (inexacte) ^(١) : أما خطورتها عنده ، فمردها الى الطابع العام الذى يريد بعض الفقهاء اصفاءه عليها ، وارجاعهم اليها كل تمويض يستحقه المتعاقد حتى ولو اختلف التوازن المالى بغير عمل الادارة كما رأينا فى رأى دى سوتو السابق ، مع أن فكرة التوازن المالى عاجزة عن تبرير التمويض فى هذه الحالة الأخيرة . وأما عدم صحتها فمرده الى كيفية تطبيقها : ذلك أن الدكتور ثروت يرى أن التمويض الذى يحكم به للمتعاقد نتيجة لاخلال الادارة باقتصاديات المقد لا يتطابق فى جميع الحالات مع التوازن المالى للمقد كما روى عند التعاقد . ويقدم الدكتور ثروت فرضين لتصوير تلك الحالة :

فقد يحدث أن يقبل المتعاقد عند إبرام المقد أسعارا غير مجزية نتيجة خطأ من جانبه . فإذا تدخلت الادارة فى تنفيذ المقد بعد ذلك ، فإن القضاء يحكم بالتمويض الكامل ، لا على أساس السعر الذى قبله المتعاقد عند إبرام المقد ، ولكن على أساس السعر الحقيقى وقت تدخل الادارة فى التنفيذ . ويصدق هذا الفرض أيضا فى حالة ارتفاع الأسعار بعد التعاقد ، اذ يضع القضاء نصب عينيه عند الحكم بالتمويض الأسعار الجديدة لا تلك التى أبرم المقد على أساسها .

des contrats administratifs. Les obligations des parties sont censées avoir été calculées de telle sorte qu'elles se balancent au point de vue financier et le juge du contrat devra s'efforcer de maintenir coûte que coûte cet équilibre. Les prestations des contractants sont en corrélation, les unes avec les autres et si celles de l'un d'eux augmentent ou diminuent il est conforme à l'équité et au but du contrat (et à la commune intention des parties) que celles de l'autre varient dans le même sens.

أما الحالة الثانية فهي حالة انتهاء الإدارة للمقد بلا خطأ ، ففكرة التوازن المالي لا يمكن أن تبرر التمييز الذي يحكم به القضاء للإدارة ، حيث أنه لا يمكن بالفرض التحدث عن التوازن المالي لمقد غير موجود * .

ولكن رغم كل هذا النقد ، فقد اعترف الدكتور ثروت بدوى بأن فكرة التوازن المالي للمقد ، تصلح لتفسير تمييز المتعاقدين في بعض الصور^(١) .

ثالثا - وكلا الرأيين السابقين معيب ، ففكرة التوازن المالي للمقد لا تكفى - على الأقل وحدها - لتبرير التمييز في جميع الحالات التي يحكم فيها القضاء الإداري بتمييز خطأ من جانب الإدارة . كما أن فكرة التوازن المالي تنطوي على حقيقة لا شك فيها ، ولا يمكن إنكارها ، فمرونة التزامات المتعاقدين تقتضى مرونة حقوقه فى مواجهة الإدارة * ومن الطبيعي أن تتناسب حقوق المتعاقدين مع التزاماته زيادة ونقصا ، على الأقل إذا كانت هذه الزيادة أو النقص بفعل الإدارة . ولكن ذلك لا يعنى بالضرورة وضع نسبة حسابية صارمة بين الحقوق والالتزامات كما يؤكد فريق من الفقهاء ، وبالذات الفقيه بيكيو ، الذى رد فكرة التوازن المالي للمقد الى معادلة حسابية صورها كما يلى : إذا فرضنا أن حقوق المتعاقدين التى يستمدونها من المقد عند إبرامه لأول مرة تساوى (١) وأن التزاماته تساوى (ب) فإن نسبة حقوقه الجديدة - بعد الزيادة أو النقص - (١) الى التزاماته الجديدة (ب) يجب أن تكون هى ذات النسبة بين حقوقه والتزاماته الأصلية ، فتصبح المعادلة كما يلى :

(١) جاء فى صفحة ١٢٢ من رسالته السابقة قوله :

«La notion d'équilibre financier est tropuse et prête à confusion. L'expression traduit mal l'économie du contrat administratif. Si elle peut expliquer l'indemnité accordée dans certains cas, elle en laisse beaucoup d'autres sans explication ... Il est dangereux de continuer de parler de l'équilibre financier du contrat administratif ... »

$$\frac{٢١}{٢} = \frac{١}{٢}$$

هذا الجمود الحسابي ، هو الذي استند اليه الدكتور ثروت بدوي لانتقاد فكرة التوازن المالي للمقود الادارية . ولو كان هذا هو معنى التوازن المالي لكان نقده مسلما به ، ولكن فكرة التوازن المالي هي مجرد توجيه عام ، وتستهدف الابقاء على طبيعة المقد كما روعى عند التعاقد ، ومعاملته كظاهرة طبيعية ، فالحيوان والنبات يتمدد وينكمش ، ولكنه يحتفظ بخواصه ومظاهره . وكذلك المقد الاداري ، فقد تزيد الادارة من الالتزامات المترتبة عليه أو تنقص منها ، ولكن عليها أن تحتفظ بتوازن المقد الاقتصادي ابقاء على خواصه الأصلية . ولا شك أن هذا التوجيه في غاية الفائدة للقاضي وسيجد نفسه مسوقا الى الاستهزاء به في تقدير التعويض . ومن ثم فانه من المفالة القول بأن هذه الفكرة خطيرة وغير صحيحة^(٢) .

٤ - وعلى الأساس السابق يمكن رد الأحكام الأساسية لفكرة التوازن المالي للمقود الادارية الى القواعد الآتية :

(أ) لا تعنى القاعدة التوازن الحسابي ، ولكن التوازن الشريف بين الالتزامات والحقوق كما يقول بعض الفقهاء (L'équivalence honnête des prestations)

(ب) تفسر فكرة التوازن المالي للمقد التعويض الذي يحكم به للمتعاقد اذا ما كان مرجع الضرر الى فعل الادارة ، على الأقل في

(١) جاء في بحثه عن المقود المنشور في مجموعة (J. C. A. 511, 237) وقد سبقت الاشارة اليه قوله :

«L'équilibre du contrat administratif est dynamique et du type :

$$\frac{a}{b} = \frac{a'}{b'}$$

(٢) ولا أدل على ما نقول به من أن المشرع نفسه قد لجأ الى فكرة التوازن المالي لمقد الالتزام في المادة السادسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالترام المرافق العامة والتي تقول : « اذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ، ولا بد لمتابع الالتزام أو الملتزم فيها ، وأفضت الى الاخلال بالتوازن المالي للالتزام ... » .

نطاق نظرية عمل الأمير كما سنرى • أما في خارج نطاق هذه النظرية ، وعلى الخصوص اذا ما كان مرد الاختلال الى غير عمل الادارة ، فان فكرة التوازن المالى للعقد وحدها لا تكفى لتبرير التعويض • ومن ثم فقد ذكرنا الى جوار فكرة التوازن المالى للعقد مبدأ التعويض بلا خطأ حتى يمكن تناول جميع صور التعويض التى يحكم بها للمتعاقد دون خطأ من جانب الادارة •

(ج) يرجع كثير من الفقهاء أساس فكرة التوازن المالى للعقد الى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين (La commune intention des parties)^(١) ، كما أن كثيرا من أحكام مجلس الدولة الفرنسى تشير الى فكرة النية المشتركة للمتعاقدين فى هذا الصدد^(٢) ، ولكن هذا التوكيد لا يصدق الا فى حالة النص صراحة فى العقد على ضمان الادارة للتوازن المالى للعقد ، وحينئذ ، نكون أمام تفسير شروط العقد^(٣) •

أما فى غير حالة النص صراحة فى العقد على ضمان الادارة لتوازنه المالى أو الاقتصادى ، فان مرجع هذه القاعدة الى العدالة «L'équité» وصالح المرفق العام ، لأن للادارة الحق فى تعديل التزامات المتعاقد بالزيادة أو بالنقص كما ذكرنا ، فيكون من العدالة تمسويس المتعاقد عن كل ضرر يناله من جراء تدخل الادارة ، واستعمالها لسلطتها تلك • ومن ناحية أخرى فان هذا الحق مقرر لصالح المرفق العام لأنه يمكن المتعاقد من الوفاء بالتزاماته ، كما أنه يشجع الأفراد على التعاقد مع الادارة •

٥ - بالرغم من حداثة القضاء الادارى فى مصر بصفة عامة ، وحدثة اختصاص مجلس الدولة المصرى بموضوع العقود الادارية

(١) من هذا الرأى العميد بونار ، موجزه فى القانون الادارى ص ٤٦١ ، ٧١٧ ، وجيز مطوله فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٦٨١ ، ودى سوتو • تعليقه سنة ١٩٥٠ وقد سبقنا الإشارة اليه •

(٢) رسالة الدكتور ثروت بدوى ، المرجع السابق ، ص ٢٠٥ وما بعدها •

(٣) مثال ذلك حكم المجلس الصادر فى ١٠ أبريل سنة ١٩٣٥ فى قضية «Ville de Toulon» مجلة القانون العام سنة ١٩٣٥ ص ٧٨٣ مع تقرير المفوض «Andrieux»

بصفة خاصة ، فان محكمة القضاء الادارى المصرية قد أتتبع لها أن تبسط فكرة التوازن المالى للمقود الادارية وأن تضمها فى مكانها الصحيح ، فى حكمها المطول الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (وقد سبقت الاشارة اليه أكثر من مرة) حيث تقول :

« ٠٠٠ ان الفقه والقضاء الادارى ، قد خلق نظرية الظروف الطارئة ، ونظرية التوازن المالى للمقود ، وغيرها من النظريات والقواعد التى تحقق بقدر الامكان توازنا بين الأعباء التى يتحملها المتعاقد مع الادارة ، وبين المزايا التى ينتفع بها ، على اعتبار أن المقود الادارى يكون فى مجموعه كلا من مقتضاء وجوب التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين ، وتصادل كفة الميزان بينهما ، وذلك بتعويض المتعاقد فى أحوال وبشروط معينة حتى ولو لم يصدر خطأ من جانب الادارة ، مع اختلاف مقدار التعويض . فتارة يكون التعويض كاملا ، وتارة يكون جزئيا . وأيا كانت الأسانيد التى قامت عليها هذه النظريات والقواعد ، واختلاف الرأى فى مبرراتها ، فانه مما لا شبهة فيه انها ترتد فى الحقيقة الى أصل واحد وهو العدالة المجردة التى هى قوام القانون الادارى . كما أن هدفها الأعلى هو تحقيق المصلحة العامة بناء على فهم صحيح لطبيعة العلاقة بين من يتعاقد معها من الهيئات والأفراد فى شأن من شئون المرافق العامة . وبهذا الفهم أمكن حل أغلب مشكلات العقود الادارية ، ووضعت معالم الطريق لملاجها على الوجه الصحيح . وان هذه المحكمة لترى من الخير - بمناسبة الدعوى الحالية - التنبيه الى أن القواعد والأصول والنظريات التى وضعها الفقه والقضاء الادارى فى هذا الشأن ، انما كانت وليدة البحث والتقصى وثمره التجارب حقبة طويلة من الزمن لكثير من مختلف أنواع المنازعات التى قامت بين جهات الادارة والمتعاقدين معها ، وأن الاطار العام الذى دار فيه البحث رسمته ضوابط واعتبارات شتى وحقائق غير منكورة ، حاصلا أنه يكون مفهوما أن حق جهة الادارة فى الحصول على المهمات والأدوات أو اداء الخدمات وانجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار وأقل التكاليف ،

يقابله من جانب المتعاقد معها أن يهدف الى تحقيق ربح مجز له عن رأس ماله المستغل كله أو بمضه أو بما وضعه لنفسه من نظام الاستهلاكات المسابية . ولكن هذا الوضع لا يعنى أن يقف كل منهما ازاء الآخر موقف التربص والتوجس وانتهاز الفرص أو موقف الطرف المتخاصم فى نزاع أن ظل كامنا فهو خليك بأن يتحول فى أية لحظة الى دعوى تطرح أمام القضاء ، بل ان الحق الخالص فى شأن العلاقة بين جهة الادارة والمتعاقد معها ، أن تنظر اليها جهة الادارة من زاوية تراعى فيها كثيرا من الاعتبارات الخاصة التى تسمو على مجرد الحرص على تحقيق الوفرة المالى للدولة ، وأن الهدف الأساسى هو كفاءة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام ، وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة انجازها ، وأن ينظر اليها المتعاقد مع الادارة على أنها مساهمة اختيارية منه ومعاونة فى سبيل المصلحة العامة ، فيجب أن تؤدى بأمانة وكفاية . وهذا وذاك يقتضى من الطرفين قيام نوع من الثقة المتبادلة بينهما وحسن النية والتماضد والتساند والمشاركة فى وجهات النظر المختلفة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات . وبهذا تطمئن جهة الادارة الى حسن التنفيذ وانجازه فى مواعيده المحددة ، ويطمئن المتعاقد معها الى أنه سينال - لقاء اخلاصه وأمانته وحسن قيامه بالمعمل - جزاءه الأوفى وأجره العادل .

ولذلك ينبغى ألا يعتبر المتعاقد صاحب مصلحة متعارضة مع مصلحة الدولة لمجرد أنه يبنى من تعاقدته تحقيق ربح حلال ، اذ أن هذا حقه الذى لا ينازع فيه . وهو لا ينقلب الى صاحب مصلحة متعارضة مع مصلحة الدولة الا منذ اللحظة التى ينحرف فيها عن الجادة ويتنكب سبيل الأمانة أو يحاول الحصول على ربح حرام غير مشروع - أيا كانت وسائله فى ذلك - أو يسرف فى طلب الربح ويشطط فيه على حساب الخزانة العامة . وفى هذه الحالة يكون من حق الادارة أن تفسد عليه سعيه فتحرمه ثمرة غشه وتحبس عنه الربح الحرام أو تنزل بأرباحه الى الحد المعقول ، لأن الأرباح

الفاحشة انما تؤخذ من أموال الدولة ومن مجموع الأفراد وعلى حساب المصلحة العامة ، مع أن الأعمال التي تؤدي تكون لمصلحة المجموع لا لمصلحة من يقيمونها لحساب المجموع . ويقابل ذلك أن المتعاقد مع الادارة - مع حسن وزنه للأمور وسلامة تقديره واتخاذ الحيلة الواجبة - قد تصادفه عند التنفيذ ظروف استثنائية وأمور لم تكن في الحسبان ، وصعوبات غير منظورة لم يكن يتوقعها ، أو يمرض لمخاطر ادارية أو اقتصادية وينشأ عن ذلك زيادة أعبائه المالية زيادة يختل معها التوازن المالى للمقد ، ويصاب بخسارة محققة ، فيكون من حقه على جهة الادارة ألا يتحمل وحده كل الفرم وأن تساهم معه جهة الادارة بقدر معين ، فتعوضه تمويضاً عادلاً عما يصيبه من أضرار ولو لم يكن هناك خطأ من جانب الجهة الادارية التي تعاقد معها ، تأسيساً على أنه ليس من العدل والانصاف وحسن النية فى المعاملات أن يترك مثل هذا المتعاقد فريسة لظروف سيئة لا دخل له فيها وبدون أى تعويض استناداً الى نصوص العقد الحرفية ، ولمجرد الحرص على تحقيق الوفرة المالى والرغبة الملحة فى الحصول على المهمات والأدوات أو انجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار ، لأن معنى ذلك ، استباحة نهبه وتدميره وتضحيته وهو أمر - الى جانب مجافاته للعدالة - فانه لا يتفق والمصلحة العامة ، اذ ينتهى الأمر الى احدى نتيجتين : اما الى خروج المقاولين أو متمهدين التوريد الأمناء الأكفاء من سوق التعامل مع الدولة ، أو انصرافهم عن الاشتراك فى المناقصات مستقبلاً ، فيتلقف الزمام غير الأكفاء وغير الأمناء ، وتقع المنازعات والاشكالات التى تنتهى الى تعطيل المرافق العامة ، وبخاصة بالنسبة للأعمال الانتاجية والاقتصادية والعمرانية الضخمة ذات الأهمية الخاصة ، وبما تتطلبه من كمال فنى ودراسات وأبحاث وتجارب لا تتوافر الا فى طائفة معينة من الشركات الكبرى ، بما لها من امكانيات فنية ومالية وادارية وما تملكه من آلات وأدوات خاصة ٠٠ واما أن يعتمد هؤلاء الى تأمين أنفسهم بأن يحتسبوا ضمن أسعار التكلفة ، وبالتالي من ضمن

أسعار عطائهم ، مبلغا للاحتياط ضد تلك المضار والأخطار المحتملة ، وتكون النتيجة زيادة عامة فى الأسعار التى تتم بطريق المناقصة ، مما يفوت على جهة الادارة غرضها فى الحصول على أصلح الأيدى العاملة بأفضل الأسعار وأنسبها . وهذه كلها نتائج يجب تصادى الأسباب المؤدية اليها لأنها لا تتفق والمصلحة العامة كما سبق القول يضاف الى ما تقدم أن لجهة الادارة ميزة الخروج على مبدأ المساواة بين طرفى العقد بثبوت حقها فى تعديل العقد من جانبها وحدها وفى الحدود التى تقتضيها المصلحة العامة ، وهى اذ تمارس سلطة التعديل كحق مشروع مقرر لها يمكن أن تزيد من الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد معها ، ولذلك فانه - تحقيقا للمعادلة - يكون من حق المتعاقد مع الادارة أن يموض تمويضا عادلا عن الأضرار التى تلحق بمركزه التعاقدى أو تقلب ظروف العقد المالية على أثر ممارسة الادارة لسلطة التعديل ، ذلك لأن ايثار ضرورات المرافق العامة على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الادارة ، ليس ممناه التضحية بهذه المصالح ، بحيث يتحمل المتعاقد مع الادارة وحده عبء جميع هذه الأضرار ، ولضرورة قيام التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين وتعادل كفتى الميزان بينهما ، والا انتهى الأمر الى النتائج السابق بيانها ، وهى لا تتفق مع المصلحة العامة بل هى لا تحققها فى قليل أو كثير »

وفى فقرة أخرى من الحكم ذاته تقول المحكمة فى نفس المعنى :
« ان من طبيعة العقود الادارية أنها تحقق بقدر الامكان توازنا بين الأعباء التى يتحملها المتعاقد مع الادارة وبين المزايا التى ينتفع بها اعتبارا بأن نصوص المقد تؤلف فى مجموعها كلا من مقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين ، فاذا ترتب على تعديل التزامات المتعاقد مع الادارة زيادة فى أعبائه المالية ، فانه ليس من العدل ولا من المصلحة العامة نفسها أن يتحمل المتعاقد وحده تلك الأعباء ، بل يكون له فى مقابل ذلك أن يحتفظ بالتوازن المالى للمقد تأسيسا على أن هذا العقد ينظر اليه كوحدة من حيث تحديد الحقوق

المالية للمتعاقد ، فإذا ما انتهى تدخل الادارة فى العقد بالتعديل الى
الاخلال بهذه الحقوق كما حددت عند ابرام العقد ، فيجب اعادة
التوازن المالى للعقد الى ما كان عليه . كما أنه اذا كان حق الادارة
فى التعديل أمرا يفترض قيامه فى ذهن المتعاقد مع الادارة عند ابرام
العقد بحيث يكون للادارة استعمال هذا الحق من غير أن ينص عليه
فى العقد ، فإنه يجب أن يقابل هذه السلطة حق آخر للمتعاقد فى
أنه يقدر من جانبه هو أيضا أن جهة الادارة ستعوضه عما يلحقه من
ضرر نتيجة لممارستها سلطة التعديل . وهذا التمييز يقوم على أنه
لا يتصور أن المتعاقد مع الادارة يقبل معاونتها فى تدبير المرفق
بالمجان وبغير مقابل ، بل الطبيعى أنه قرر طبقا لتقديراته أنه
«سيظفر مقابل التزاماته المقدية بفائدة معينة وبيع معلوم ، فإذا
سلم للادارة بحق التعديل تحقيقا للمصلحة العامة ، فإن العدالة تأبى
حرمان المتعاقد من حقه المشروع فى الفائدة أو الربح الذى قدره عند
ابرام العقد . . . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ، فإنه اذا قام
فى الاعتبار أنه من الأمور المسلمة أن يحقق المتعاقد مع الادارة
مصلحته الخاصة ، كما أنه كما من الأمور المسلمة كذلك أن تحقق
الادارة المصلحة العامة ، فإنه لا يكون للمتعاقد وجه للشكوى - فى
حالة التعديل - اذا عوضته الادارة بما يتناسب مع ما كان يقدره
لنفسه من ربح أو فائدة عند ابرام العقد . . . وبهذه الضوابط
تكون العقود الادارية قائمة على وجود تناسب بين الالتزامات التى
تفرضها ، والفوائد التى يجيبها المتعاقدون منها . فإذا قامت جهة
الادارة باجراء تعديل أو تغيير فى هذه الالتزامات ، فإن الفائدة
تتغير هى الأخرى وبطريقة آليه تبعاً لذلك ، حتى يظل التوازن المالى
للعقد قائما ، إذ أن هذا التوازن المالى أمر مفترض فى كل عقد
ادارى ، ومن حق المتعاقد مع الادارة أن يعرض على مقتضاه ، دون
حاجة الى النص على ذلك فى العقد ، لأنه ليس مما يتفق مع العدالة
والمصلحة العامة أن يتحمل هذا المتعاقد وحده عبء التعديل ويحرم
عليه الاحتفاظ بالتوازن المالى للعقد ، كما أن ايثار ضرورة المرفق

العام على المصالح الخاصة للمتماقد مع الادارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل المتماقد وحده جميع الأضرار الناشئة عن التعديل ... ولو أن الأمر جرى على خلاف ذلك وأبيح للادارة حق التعديل دون أن تلتزم مقابل ذلك بالتمويض على أساس التوازن المالي للمقد ، لانتهى الأمر من الناحية العملية الى أن أحدا من الناس لن يقبل المجازفة فيبرم مع الادارة عقدا يخضع لمحض تحكم سلطتها العامة ويتعرض فيه الى خسارة محققة لا يبيل الى تمويضها ... » .

وواضح من صياغة الفقرات السابقة من حكم محكمة القضاء الإداري أن المحكمة قد أخذت بالأفكار الراجعة فيما يتعلق بنظرية التوازن المالي للعقود الادارية^(١) .

هذا ولقد أخذت الجمعية العمومية للقسم الاستشاري بذات المبدأ ، في فتاواها الضادرة في ٤ فبراير سنة ١٩٥٦^(٢) ، فبعد أن سلمت بحق الادارة الأصيل في « تعديل الشروط اللائحة لمقد الالتزام في أى وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة ، دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم » استطردت تقول : « على أنه وان كان استكمال مانع الالتزام لحقه في تعديل التعريف بتخفيضها أو تعديل شروطها لصالح المنتفعين أمرا مشروعا في ذاته ، الا أن ايثار الصالح العام على الصالح الخاص للملتزم ليس معناه تضحية هذه المصالح بحيث يتحمل الملتزم وحده جميع الأضرار ، فاذا ترتب على انقاص التعريف خسارة ، فعلى مانع الالتزام أن يعرضه عن هذه الخسارة اذ من المسلم أن للملتزم حقا في التوازن المالي للمشروع ، وأن السلطة مانحه الالتزام ملزمة برد هذا التوازن اذا اختل نتيجة لتدخلها بتخفيض التعريف مثلا ، وأن لها وحدها اختيار الوسيلة التى تتبع لتمويض الملتزم ... » .

(١) وراجع حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ٩ يونية سنة ١٩٦٢
● (السنة ٧ ص ١٠٢٤) وقد جاء فيه « وقد ترتبت عليه (زيانة السمر) زيانة أعباء الشركة بتحميلها خسائر فادحة الى حد الاخلال بتوازن المقد اخلايا جسيما » .
(٢) سبقت الإشارة اليها .

ثم ان المحكمة الادارية العليا تشير بكثرة الى فكرة « التوازن المالى أو الاقتصادى للمقد الادارى » ومن ذلك على سبيل المثال من احكامها الحديثة :

(أ) حكمها الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٨٧٤) وقد جاء فيه : « ٠٠٠ خفضت المحكمة الاتاوة المتعاقد عليها تحقيقا للتوازن المالى للمقد ٠٠٠ ومن شأن ما طرأ من ظروف أن تقلب اقتصاديات المقد رأسا على عقب » .

(ب) حكمها الصادر فى ١٤ يونية سنة ١٩٦٩ (س ١٤ ، ص ٧٧٨) حيث تقول : « وانصوبات « الفة الذكر لا ترقى الى مستوى الحوادث ٠٠٠ التى يختل معها اقتصاديات المقد اختلالا جسيما » .

(ج) حكمها الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ (س ١٧ ، ص ٥٧٦) وقد تضمن قولها : « طرأت أثناء تنفيذ المقد الادارى ظروف أو أحداث ٠٠٠ قلبت اقتصادياته » .

٦ - على أن فكرة التوازن المالى للمقد الادارى ، هى أساس عام ، ولا يكفى التسليم بها للحكم على مدى التمويض الذى يستحقه المتعاقد وأوضاعه ، وانما يجب دراسة تطبيقات حالات التمويض التى جرى القضاء الادارى على التسليم بها فى غير حالة الخطأ المنسوب الى الادارة . وبالرجوع الى القضاء الادارى فى هذا الخصوص ، نجد أن ثمة حالات ثلاث يمنح فيها القضاء الادارى تمويضا للمتعاقد دون حاجة الى اثبات خطأ فى جانب الادارة ، وهذه الحالات هى :

أولا - عمل الأمير .

ثانيا - الظروف الطارئة .

ثالثا - الصعوبات المادية وغير المتوقعة التى يواجهها المتعاقد فى التنفيذ .

وإذا كان ظاهر التسمية قد يوحي باستقلال كل فكرة من الأفكار السابقة عن الأخرى ، فان حقائق الأمور - لا سيما فى الوقت الحاضر - تكذب ذلك ، فقد تداخلت الأفكار الثلاث الى حد كبير ،

بحيث أصبح الأمر الواحد بوصف بوصفين مختلفين أو على الأقل يتردد المرء طويلا قبل أن ينمته بوصفه الصحيح . ولا غرابة في ذلك ، فهذه الأفكار والنظريات هي من خلق القضاء ، وأول صفات القضاء المرونة . ومن ناحية أخرى فإن الأفكار الاشتراكية التي غدت الطابع المميز للدولة الحديثة ، قد غيرت إلى حد كبير من الأفكار القانونية الأساسية في مجال القانون العام ، بل وفي نطاق القانون الخاص ذاته .

ويكفي أن نشير من الآن إلى أن الأفكار الثلاث السابقة كان يقوم انتميز بينها على أساس التفرقة بين المخاطر الادارية والمخاطر الاقتصادية . ولقد غدت هذه التفرقة غير ذات موضوع في الوقت الحاضر ، نظرا لهيمنة الادارة شبه التامة على الظروف الاقتصادية وشروط العمل والانتاج ، بحيث أصبحت الادارة وراء المخاطر الاقتصادية في معظم الحالات . وهذا هو السر الحقيقي لما سوف نعرض له من تطور في قضاء مجلس الدولة الفرنسي . وقد يحس غير المتعمق في الأمور بتضارب القضاء وتردده ، ولكن هذا الشك يزول متى أرجعت الحلول القضائية إلى أسبابها الحقيقية ، مع عدم اغفال الطابع المعلى لقضاء مجلس الدولة الفرنسي والذي المعنا اليه فيما سلف .

ومع التسليم بالملاحظة السابقة ، فانه من الأفيد للمعرض العلمي ، أن ندرس النظريات السابقة وفقا للترتيب المتقدم ، ثم نقد مقارنة مركزة بينها .

نظرية عمل الأمير^(١)

«Le fait du prince»

١ - هذه انظرية قديمة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، وهي من خلق هذا المجلس ، وبالتالي فلم يعرفها القضاء المصري قبل انشاء

(١) راجع رسالة الدكتور ثروت بدوى بهذا العنوان ، وهي بالفرنسية ، طبعة سنة ١٩٥٥ وقد سبق الإشارة إليها .

مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ ، لأن هذا القضاء - كما ذكرنا - مقيد بالقواعد المدنية . وبالرغم من انتشار هذه الفكرة وتداولها في القضاء الإداري وفي كتب الفقهاء ، فإنها ما تزال غير واضحة الحدود ، وأحيانا يقع الخلط بينها وبين نظرية الظروف الطارئة ، للأسباب التي سبق أن أشرنا إليها . وكثيرا ما أشار الفقهاء الى تطور فكرة عمل الأمير والى مرونتها^(١) .

ويمكن أن نعرف عمل الأمير بصفة عامة بأنه عمل يصدر من سلطة عامة ، دون خطأ من جانبها ، ينجم عنه تسوية مركز المتعاقد في عقد إداري ، ويؤدي الى التزام جهة الادارة المتعاقدة بتمويض المتعاقد المضروب عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك ، بما يعيد التوازن المالي للعقد^(٢) .

٢ - وتأخذ محكمة القضاء الإداري بتعريف مقارب ، فهي تقول في حكمها الصادر في ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (وقد سبقت الإشارة اليه) « . ان المقصود بمعبارة « فعل الأمير » هو كل اجراء تتخذه السلطات العامة ، ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الادارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد ، مما يطلق عليه بصفة عامة « المخاطر الادارية » وهذه الاجراءات التي تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الادارية التي أبرمت العقد ، وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو تكون بقواعد تنظيمية عامة » .

(١) من أقدم من لاحظ ذلك ، العميد هوريو ، فقد ورد في تعليقه على حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١١ مارس سنة ١٩١٠ في قضية «Comp. gén. fr. de tramways والمنشور في مجموعة سري سنة ١٩١١ ، القسم الثالث ص ١ : «La catégorie du fait du prince est peut-être une des catégories juridique provisoires, dans les quelles on range tout d'abord des cas qui surprennent parce qu'ils font exception à des idées reçues; puis plus tard, on s'aperçoit que ces cas sont disparates. et qu'il vaudrait peut-être mieux les étudier chacun dans leur particularités».

(٢) يعرفه الأستاذ قالين في موطوله في القانون الإداري ، الطبعة السادسة ، بقوله :

«On appelle fait du Prince, un acte de l'autorité publique aggravant, sans faut, la situation d'un co-contractant d'une collectivité publiques».

وعرفتھا الجمعية العمومية للقسم الاستشاري في فتواھا الصادرة في ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٦٤ (س ١٩ ، ص ٥١) بأنها « صدور اجراء خاص أو عام من جانب جهة الادارة المتعاقدة ، لم يكن متوقعا وقت التعاقد ، يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالتعاقد لا يشاركه فيه سائر من مسهم هذا الاجراء » . كما أن المحكمة الادارية العليا تشير الى ذات النظرية في حكمها الصادر في ١١/٥/١٩٦٨ (مجموعة المبادئ المؤقتة ص ٦٦) حيث تؤكد أن تدخل القضاء الاداري لتحقيق التوازن المالي للمعقد الاداري تطبيقا لنظرية فعل الأمير مناة توافر شروط هذه النظرية ، ومن بينها شرط أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الادارة المتعاقدة .

٣ - ويستعمل الفقه ومعظم أحكام مجلس الدولة المصري ، تسمية « عمل الأمير » أو « فعل الأمير » وهي المقابل الحرفي للاصطلاح الفرنسي . ولكننا وجدنا حكمين قديمين نسبيا لمحكمة القضاء الاداري ، عدلت فيهما عن تلك التسمية واستبدلت بها تسمية « عمل الحاكم » فقد جاء في حكمها الصادر في ٢ يونية سنة ١٩٥٣^(١) قولها : « ... وعقود الالتزام لا تستجيب للتعديل الا اذا تضررت لاختلال مالي نتيجة لاستهداف الملتزم فيها لمخاطر اقتصادية (L'aléa économique) أو لمخاطر إدارية (L'aléa

administratif) وهذه المخاطر بنوعها هي نطاق تطبيق نظريتي الظروف غير المتوقعة (Théorie de l'imprévision) وعمل الحاكم (Théorie du fait du prince) ونظرية عمل الحاكم تستلزم صدور اجراءات عامة من جانب السلطة العامة » . « (٢) » .

ولقد سبق لنا انتقاد هذه التسمية الجديدة^(٣) ، لأن التسمية الأولى مستقرة في الفقه ، وتقابل حرفيا الاصطلاح الفرنسي الذي

(١) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة السابعة ، ص ١٣٩٧ .

(٢) وورد ذات الاصطلاح في حكم المحكمة الصادر في ١٦ يونية سنة ١٩٥٣ ، السنة السابعة ص ١٥٦٣ .

(٣) مؤلفنا « مبادئ القانون الاداري المصري والمقارن » الطبعة الثانية سنة ١٩٥٧ ، ص ٤٧٢ الهامش ، والطبعة الأولى سنة ١٩٥٥ والطبعات التالية .
(٤ - ٤٠ العقود الادارية)

أخذنا عنه أحكام النظرية ، كما أن اصطلاح « الأمير » أقرب دلالة على المعنى المراد من اصطلاح « الحاكم » فضلا عن أنه جرى منذ القدم في اصطلاحاتنا القانونية والشرعية . ولهذا لم نجد أثرا للتسمية الجديدة في أحكام المجلس في الوقت الحاضر . كما أن المحكمة الادارية العليا - كما سنرى - تجرى على استعمال اصطلاح « فعل الأمير » .

٤ - وفيما يلي نعرض أولا لتحديد المقصود بعمل الأمير ، ثم نذكر ما يترتب عليه من نتائج .

المطلب الأول

تحديد عمل الأمير

١ - لكي تطبق نظرية عمل الأمير ، يجب أن تتوافر الشروط الآتية :

أولا : يجب أن يكون ثمة عقد من العقود الادارية بم معناها المتفق عليه ، والذي حددها في القسم الأول من هذا المؤلف . فنظرية عمل الأمير هي الأفكار الادارية التي لا مقابل لها في القانون الخاص . ولهذا فلا محل لتطبيق نظرية عمل الأمير الا بعدد منازعة تتعلق بمقد ادارى . وبالرغم من حداثة اختصاص محكمة القضاء الادارى المصرية في مجال العقود الادارية ، فانها قد أبرزت هذا الشرط أكثر من مرة ، فهي في حكمها الصادر في ٣ مارس سنة ١٩٥٧ مثلا تقول : « متى كان الأمر بين الشركة وبين الحكومة خارجا عن نطاق الرابطة العقدية ، فان طلب التمويل عن الأضرار التي تترتب على التشريع الجديد امتدادا الى نظرية « عمل الأمير » يكون على غير أساس سليم من القانون ، اذ من المقرر أن المسؤولية التي تترتب التمويل في نطاق نظرية « أعمال الأمير » لا تقوم الا في حالة ما اذا كان الضرور بسبب التشريعات الجديدة تربطه بالدولة رابطة تعاقدية أثر فيها التشريع الجديد ، بأن زاد في الأعباء التي يتحملها

في تنفيذ التزاماته بمقتضى العقد ، وأن تؤدي هذه الزيادة في الأعباء المالية الى الاخلال بالتوازن المالي للعقد »^(١) .

ثانيا : أن يكون العمل المثار صادرا من جهة الادارة المتعاقدة ، فعمل الأمير - كما يدل عليه اسمه - يفترض صدور عمل أو تصرف من سلطة عامة ، يكون من شأنه أن يلحق ضررا بالمتعاقدين . وسوف نرجع في الدراسة التفصيلية لكنه هذا العمل ولصوره مؤقتا ، لأن هذا العمل هو جوهر النظرية ، ونكتفي بأن نوضح في هذا المقام أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي يجرى في الوقت الحاضر على قصر تطبيق نظرية « عمل الأمير » على الأعمال التي تصدر من جهة الادارة المتعاقدة وحدها ، وتطبيق نظرية الظروف الطارئة على ما عداها .

وهذا الشرط ثم يحدده مجلس الدولة الفرنسي الا في وقت حديث نسبيا . ومن أهم أحكامه في هذا الصدد ، حكمه الصادر في ٤ مارس سنة ١٩٤٩ في قضية « Ville de Toulon »^(٢) وفي ١٥ يوليو سنة ١٩٤٩ في قضية « Ville d'Elbeuf »^(٣) .

يفترض هذا الشرط التسليم بوجود أشخاص معنوية عامة بجوار الدولة . والأشخاص المعنوية العامة المعروفة هي الدولة ،

(١) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ١١ ص ٢٣٩ . كما أنها تؤكد ذات المبدأ في حكمها الصادر في ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٦ ، ذات المجموعة ص ٧٦ حيث تقول : « ومن حيث أنه لا محل لبحث ما أثاره المدعى بشأن تطبيق أحكام نظريتي الظروف الطارئة وعمل الأمير ، إذ أن ذلك يفترض استناد التعويض الى عقد اداري تأسيسا على المخاطر الادارية » . وقد بان مما تقدم أن سند الدعوى - من حيث الوجه الذي يرتب ولاية هذه المحكمة بالفصل فيها - يخرج من مجالات العقد الاداري ، ولا يدخل الا في نطاق تعويض مقدم من أحد الأفراد عن قرارات ادارية نهائية . ومن حيث أنه لما تقدم ينتفي ركن الخطأ الموجب للمسؤولية « . »

(٢) المجموعة ص ١٩٧ ويتعلق بأثر بعض التصرفات التي أجرتها الدولة واثرت على عقد اداري أبرمته مدينة مع أحد الأفراد . يقول المجلس في هذا الحكم :

« Il est constant que les mesures d'obscurcissement dont la Société du gaz et l'électricité du Sud-Est fait état et qui ont entraîné une diminution de ses recettes n'ont pas été le fait de la ville de Toulon, mais ont été ordonné par l'autorité militaire durant les hostilités ; ainsi la diminution des recettes est uniquement due à des circonstances exceptionnelles, indépendantes du fait des parties. »

(٣) المجموعة ص ٣٥٨

والمحافظات والمراكز والمدن والأحياء والقرى والهيئات العامة^(١) .
فإذا ما تعاقد شخص من أشخاص القانون العام هذه ، فيجب أن
يصدر عمل الأمير منه ، أما إذا صدر من شخص معنوي آخر ، فعينئذ
تطبق نظرية الظروف الطارئة .

ثالثا : يجب أن يترتب على عمل الأمير ضرر للمتعاقد .
ولا يشترط هنا درجة معينة من الجسامة في الضرر ، فقد يكون هذا
الضرر جسيما أو يسيرا ، وقد يتمثل في ضرر فعلي يصيب المتعاقد ،
وقد يكون مجرد انقاص في الربح الذي عول عليه ، وكل ما يتطلبه
مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد هو حدوث اختلال في التوازن
المالي للمقد بالمعنى الذي حددناه فيما سبق . وبهذا الشرط يتميز
« عمل الأمير » عن نظرية الظروف الطارئة كما سئرى .

رابعا : يفترض « عمل الأمير » أن الإدارة المتعاقدة لم تغطي
حين اتخذت عملها الضار . ذلك أن التزام الإدارة بمقتضى العقد ،
لا يمكن أن يقيد تصرفاتها كسلطة عالة تستهدف تحقيق الصالح
العام . فإذا ما تصرفت جهة الإدارة المتعاقدة ، في حدود سلطاتها ،
وترتب على تصرفها ضرر للمتعاقد ، فإن الإدارة تسأل في نطاق
نظرية عمل الأمير بصرف النظر عن قيام خطأ في جانبها ، ذلك أن
المسئولية في نطاق تلك النظرية ، وإن كانت مسئولية عقدية ،
إلا أنها مسئولية عقدية بلا خطأ « responsabilité contractuelle sans faute »
أما إذا انطوى تصرف الإدارة على خطأ ، فإنها تسأل على أساس
هذا الخطأ .

خامسا : يجب أن يكون الاجراء الصادر من الإدارة غير متوقع
« imprévisibilité du fait dommageable » وتشارك نظرية عمل الأمير

(١) وتترك جانبا المشكلة التي تثار في الوقت الحاضر حول أشخاص القانون العام
الجديدة كالنقابات المهنية ، كتقانات المحامين والمهندسين ، والأطباء ... الخ والهيئات
ذات الشخصية المعنوية التي تشرف على بعض نواحي الانتاج كمكاتب القمح
والصنّيع ... الخ والتي يذهب مجلس الدولة في فرنسا إلى اعتبارها من أشخاص
القانون العام دون أن يقطع فيما إذا كانت تعتبر من قبيل المؤسسات العامة . وقد
عرضنا لهذه المشكلة في القسم الأول من هذا المؤلف .

فى هذا الشرط نظريتا الظروف الطارئة ، والصعوبات المادية غير المتوقعة . فاذا توقع العقد الاجراء ، فان احكام نظرية عمل الأمير تستبعد ، وتطبق النصوص التعاقدية ، ويكون الأمر أمر تفسير لهذه النصوص . وقد أبرزت محكمة القضاء الإدارى المصرية هذا الشرط بوضوح فى حكمها الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٧ قضائية) حيث تقول : « ومن شروط تطبيق نظرية عمل الأمير أن يكون الاجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد ، فاذا ما توقعته نصوص العقد ، فان المتعاقد مع الادارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف الأمر الذى يترتب عليه تعذر الاستناد الى نظرية « فعل الأمير »^(١) . وهو ما أكدته المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١١/١/١٩٦٩ (مجموعة المبادئ ص ١٨٧٥) حيث تعلن أن نظرية فعل الأمير « انما يلجأ اليها فى حالة طلب التمويض عن أمر غير متوقع وقت ابرام العقد ... » وفى الموضوع رفضت اقرار النظرية لأن زيادة الرسوم الجمركية والضرائب وأجور النقل أو نقصها كان متوقعا عند ابرام العقد ونص عليه فى الشروط العامة .

وشرط عدم توقع الاجراء واضح ولا خلاف عليه فيما يتعلق بالاجراءات العامة . ولكن عمل الأمير يغطى الاجراءات الخاصة التى تصدر من الادارة وتؤدى الى تعديل شروط العقد . ونحن نعلم من ناحية أخرى أن للادارة الحق فى تعديل شروط العقد دون حاجة لرضاء المتعاقد حتى ولو لم ينص على هذا الحق فى العقد . فكيف يمكن القول بأن المتعاقد فى هذه الحالة لم يتوقع التعديل ؟ الرأى هنا ، على أن شرط عدم التوقع لا ينصرف الى أصل الحق فى التعديل - لأن هذا الحق متوقع دائما ، ويفترض علم المتعاقد به - ولكنه

(١) وبهذا المعنى حكمها الصادر فى ١٦ يونية سنة ١٩٥٣ المجموعة ، السنة السابعة ص ١٥٦٣ حيث يقول : « أما أساس تطبيق نظرية أعمال الحاكم (الأمير) فى أفعال تأتيتها السلطة العامة ولم تكن متوقعة وقت التعاقد ، ويترتب عليها جمل تنفيذ التزامات المتعاقد مرقعا ... » .

(٢) ورات المحكمة أن الشرطين الخامس والسادس غير متوافرين فى خصوصية الدعوى . (وراجع من أحكامها الأخرى حكمها الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ ، ص ١٣ ، ص ٨٧٤ وفى ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ ، ص ١٧ ص ٥٧٦) .

ينصرف الى حدود التعديل ومدهاء ، فاذا نظم المقعد كيفية اجراء التعديل وحدوده استبعدت النظرية ، أما اذا لم ينظم المقعد كيفية ممارسة هذا الحق فان النظرية تطبق^(١) . كما أجملت المحكمة الادارية العليا شروط عمل الأمير في حكمها الصادر في ٢٠ مايو سنة ١٩٦١ (السنة ٦ ص ١١٣٣) حيث تقول : - « اذا كانت العلاقة بين الطاعن والادارة هي عقد ادارى ، فان شروط نظرية « فعل الأمير » التى استند اليها الطاعن فى تقرير أحقيته فى التمويض ، غير متوافرة فى حالته ، ذلك أن شروطها هي :

- ١ - أن يكون ثمة عقد من العقود الادارية .
- ٢ - أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الادارة المتعاقدة .
- ٣ - أن ينشأ عنه ضرر للمتعاقد لا تشترط فيه درجة معينة من الجسامة .
- ٤ - افتراض أن الادارة المتعاقدة لم تخلى حين اتخذت عملها الضار فمسئوليتها عقدية بلا خطأ .
- ٥ - أن يكون الاجراء الصادر من الادارة غير متوقع .
- ٦ - أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه من يمسّه القرار العام^(٢) .

وواضح من هذا الحكم الأسامى ، أن المحكمة الادارية العليا قد أخذت بكافة الشروط التى أوردناها فيما سبق ، بل وبذات الترتيب ، وهو أول حكم للمحكمة فى هذا الصدد فيما نعلم .

- ٢ - بعد تحديد الشروط العامة التى تحكم نظرية عمل الأمير ، يتعين علينا أن ندرس بالتفصيل الصور التى يتقمصها هذا العمل .

(١) رسالة الدكتور ثروت بدوى ، المرجع السابق ، ص ١٢٩ ، والمراجع التى أشار اليها فى هامش هذه الصحيفة .

(٢) ورات المحكمة أن الشرطين الخامس والسادس غير متوافرين فى خصوصية الدعوى . (وراجع من أحكامها الأخرى حكمها الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ س ١٣ ص ٨٧٤ وفى ١٧ يونية سنة ١٩٦٧ ، س ١٧ ص ٥٧٦) .

وبالرجوع الى التطبيقات القضائية ، يمكن أن ننظر الى عمل الأمير من ناحيتين :

الناحية الأولى : من حيث طبيعة عمل الأمير في ذاته . وهنا نجد أن عمل الأمير قد يتخذ طابعا عاما أو خاصا .

والناحية الثانية : من حيث أثر عمل الأمير على العقد ، وفي هذا الخصوص قد يؤثر عمل الأمير تأثيرا مباشرا على شروط العقد ، وقد يؤثر على ظروف تنفيذه بما يجعلها أكثر مشقة على المتعاقد .

وفيما يلي نعرض للمصورتين السابقتين ، فندرس على التوالي عمل الأمير الذي يصدر في صورة اجراء خاص ، ثم ذلك الذي تصدره الادارة في شكل اجراء عام .

الفرع الأول

عمل الأمير في صورة اجراء خاص

١ - الاجراء الذي يؤدي الى تعديل مباشر في شروط العقد

رأينا فيما سبق ، أن للادارة الحق في أن تتدخل مباشرة ، بقرارات منها ، وأن تعدل في التزامات المتعاقد معها سواء بالنقص أو الزيادة . وسبق أن ذكرنا أن هذا الحق المخاطر من جانب الادارة ، يقابله حق المتعاقد في ضمان التوازن المالي للعقد . ومن ثم فإن نظرية عمل الأمير تتمثل هنا في أجلى صورها . ولا خلاف بين الفقهاء ولا في أحكام القضاء على ضرورة تمويض المتعاقد تمويضا كاملا «réparation intégrale» عما يلحقه من جراء تعديل شروط العقد .

وكل ذلك بشرط أن تحترم الادارة القيود التي شرحتها فيما يتعلق بحق التعديل . أما اذا خرجت الادارة على تلك القيود ، فان تصرفها ينطوي على خطأ تصاقدي . ومن ثم فاننا نخرج من نطاق نظرية عمل الأمير - التي تقوم كما ذكرنا على غير أساس الخطأ -

الحالات التى تسأل فيها الادارة على أساس الخطأ مسئولية قد تؤدى الى فسخ العقد على حسابها ، مع تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً وفقاً للتفصيلات السابقة . ولا داعى للاطالة فى هذا الموضوع ، فقد شرحناه بما فيه الكفاية فيما سبق .

٢ - § الاجراء الذى يؤثر على ظروف التنفيذ

١ - ويحدث أن يكون الاجراء الخاص الذى تتخذه جهة الادارة المتعاقدة ، غير مؤثر بطريق مباشر على شروط العقد ، ولكنه يؤدى الى تغيير فى ظروف تنفيذ العقد بما من شأنه أن يحمل المتعاقد أعباء جديدة غير متوقعة عند التعاقد . وحينئذ يضمن تعويض المتعاقد أيضاً تعويضاً كاملاً على أساس التوازن المالى للعقد . ويدخل فى هذه الطائفة الاجراءات الآتية على سبيل المثال :

اولاً : القرارات التى تصدر من جهة الادارة المتعاقدة الى المتعاقد معها بمقتضى سلطتها فى الرقابة والتوجيه ، ولكنها تحمل المتعاقد أعباء جديدة .

ثانياً : بعض اجراءات البوليس التى تصدر من جهة الادارة المتعاقدة ، والتى تؤدى الى زيادة أعباء المتعاقد ، كالأمر الصادر من جهة الادارة - باعتبارها سلطة بوليس - الى الشركة المتعاقدة بنقل أسلاك الكسهرىام الى مكان آخر لدواعى المحافظة على سلامة المواطنين^(١) .

ثالثاً : قيام الادارة بأشغال عامة تسبب للمتعاقد أضراراً فى

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ فى قضية (Sté. Energie élec. trique de la Basée - Loire)

ومع ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسى قد رفض التعويض فى بعض الحالات استناداً الى اعتبارات مختلفة ، راجع فى التفاصيل رسالة الدكتور ثروت بدوى المرجع السابق ، ص ١٦٧ وما بعدها - وراجع مطول دى لوبادير فى العقود ، الجزء الثالث ، هامش ص ٥٨ .

تنفيذ العقد ، فهنا يستحق المتعاقد تعويضا على أساس نظرية عمل الأمير اذا أهمل العقد تنظيم هذا الموضوع^(١) .

على أن مجلس الدولة الفرنسي يطبق شروط العقد اذا تولت تنظيم هذا الموضوع سواء بتحديد مقدار التعويض ، أو بتقييده أو باستبعاده^(٢) .

رابعا : قيام الادارة المتعاقدة بأعمال مادية من شأنها أن تزيد في أعباء المتعاقد^(٣) .

٢ - على أن الملاحظ أن ثمة حالات يمكن أن تندرج في هذا المجال ، ومع ذلك لم يعرض عنها مجلس الدولة الفرنسي . ويمكن أن يمثل لها بالحالتين التاليتين :

أولا : تعاقد الادارة في بعض الحالات مع الأفراد على أساس أن تضع تحت تصرفهم المساجين أو المحجوزين في سجن معين . فإذا حدث وسحبت الادارة بعض هؤلاء المساجين ، مما أنقص عددهم الى حد كبير ، فانه لا يحق للمتعاقد المطالبة بتعويض عن ذلك ، سواء أكان

(١) حكم المجلس في ٣ فبراير سنة ١٩٠٥ في قضية (Cie générale des omnibus) مجموعة دالوز سنة ١٩٠٧ ، القسم الثالث ص ٩ مع تقرير المفوض (Saint-Paul) وحكمه في ١١ مايو سنة ١٩٠٦ في قضية (Min. du Commerce) مجموعة سبى سنة ١٩٠٦ ، القسم الثالث ص ١٤٥ ، مع تعليق هوريو .

(٢) حكم المجلس الصادر في ٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ في قضية (Ville de Paris) المجموعة ص ٢٩٢ ، وحكمه الصادر في ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٤ في قضية (Sté. L'Energie industrielle) مجلة القانون العام سنة ١٩٤٦ ص ٢١٥ مع تقرير المفوض (Détton) وفي ٩ مارس سنة ١٩٤٩ في قضية (Min des T.P.G.E.D.F.) دالوز سنة ١٩٥٣ ص ٣٠٩ .

(٣) حكم المجلس الصادر في ١١ أبريل سنة ١٩٤٨ في قضية (Ville d'Asasie) مجلة القانون العام ، سنة ١٩٤٨ ، ص ٦٠٣ ، حيث يقول المجلس :

«Qu'il ressort des du dossier ... que la Société a rencontré, des difficultés qui étaient imprévisibles de la conclusion du contrat ... que ces difficultés provenaient, d'une part de l'exécution par la Ville d'installations nouvelles qui ont imposé à la Société un surcroît important de dépenses, sans contre — partie appréciable pour elle ... ».

مرجع هذا التصرف الى نقل المساجين من سجن الى آخر أو الى تعديل في قوانين العقوبات^(١) .

ويسرى الحكم السابق على العقود التي تتناول المجندين ، اذا انقص عددهم بفعل الادارة^(٢) .

ويفسر الفقهاء مسلك مجلس الدولة الفرنسى فى هذا المجال ، بطبيعة تلك العقود ، فالمتعاقد فيها يعلم سلفا أن ععدد المحبوسين أو الجنود قابل للزيادة أو النقص فى جميع الحالات ، وأن الادارة لا يمكن أن تضمن له عددا محدد ، ومن ثم فان العمل هنا يكون متوقعا مما يفقد النظرية شرطا أساسيا من شروط تطبيقها^(٣) .

وأحيانا يشير مجلس الدولة الفرنسى ذاته الى هذا التبرير ، كما حدث فى حكمه الصادر فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ فى قضية *Durand et Poitevin* حيث يصف المجلس صراحة ترحيل بعض المساجين بأنه *«ne constituait pas un événement imprévisible»*

ثانيا : ولا يعوض مجلس الدولة الفرنسى أيضا على أساس عمل الأمير ، اذا كان الضرر الذى يطالب المتعاقد بتعويضه يرجع الى ارتفاع الأسعار نتيجة لتدخل الادارة فى السوق ولشراؤها كميات كبيرة *«achats massifs»* من المواد أو البضائع موضوع المتعاقد^(٤) .

وقد يكون مرجع ارتفاع الأسعار أو أجور العمال الى تنفيذ الادارة لأعمال جديدة فى منطقة مجاورة للمنطقة التى يقوم المتعاقد

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ فى قضية (Mistral) المجموعة ص ٣٠٥ وفى ١٤ يناير سنة ٩٢٠ فى قضية (Galby) المجموعة ص ٢٥ وفى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥١ فى قضية (Durand et Poitevin) المجموعة ص ٦١٧ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٧ مارس سنة ١٩٢٧ فى قضية (Dupuy et Chantard) (٣) مؤلف الفقيه دى لوبادير ، الجزء الثالث ص ٦١ حيث يقول :

«La non application de la théorie du fait du prince peut donc s'expliquer soit par l'absence de la condition d'imprévisibilité».

(٤) حكمه الصادر فى أول يونيو سنة ١٩٢١ فى قضية (Gatié) المجموعة ص ٣٥٠ ، وفى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥١ فى قضية (Habre et Messeri) مجلة القانون العام سنة ١٩٥٢ ص ٥٢٤ .

فيها بتنفيذ التزاماته ، وهنا أيضا يجرى مجلس الدولة على عدم التعويض^(١) .

ومن هذه الحالة أيضا أن تقوم الادارة بدفع أجور أو أسعار أعلا من تلك التي تماقت عليها في اتفاقات أو عقود تبرمها بعد التعاقد الأول^(٢) .

ولقد برر العميد هوريو رفض التعويض في هذه الحالات على أساس أن فكرة عمل الأمير تفترض أن يصدر الممل من الادارة كسلطة عامة . أما في هذه الصورة فإن الادارة تتدخل كأي متعاقد عادي^(٣) . ولقد أيد هذا التبرير الدكتور ثروت بدوى في رسالته المشار إليها^(٤) . أما الفقيه دى لوبادير ، فإنه يرى أن تبرير هوريو من شأنه أن يؤدي الى تضيق نطاق نظرية عمل الأمير دون مبرر يقصرها على الأضرار المترتبة على أعمال السلطة دون التصرفات العادية . ومن ثم فقد التمس التبرير في كون الأضرار التي تلحق المتعاقد غير مباشرة^(٥) «Le préjudice n'est pas direct» . واستند في ذلك الى بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي أشارت الى هذا التبرير صراحة^(٦) .

ونحن نرجح هذا التبرير الأخير : فالحقيقة أن التمييز بين أعمال السلطة والتصرفات العادية كان الأساس الذي يقوم عليه القانون

(١) حكم المجلس في ١٩ مايو سنة ١٨٦٤ في قضية (Jacquelot) المجموعة ص ٤٦٩ ، وفي ١٨ مارس سنة ١٩٧٥ في قضية (ve Hugnet) المجموعة ص ٢٨٣ .
(٢) حكم المجلس في ٨ مارس سنة ١٩٠١ في قضية (Provet) مجموعة صيرى سنة ١٩٠١ القسم الثالث ص ٧٣ مع تعليق هوريو ، وفي ٢٧ مارس سنة ١٩٢٠ في قضية (Consort Feron) المجموعة ص ٣٧٥ ، وفي ١٣ فبراير سنة ١٩٢٤ في قضية (Grandchamp) المجموعة ص ١٧٧ .

(٣) كان ذلك حناصة تعليق على حكم (Prévet) المشار اليه في الهامش السابق .

(٤) ص ١٨٢ من رسالته ، وقد أشار في هامشها الى طائفة من الفقهاء الذين أيدوا هوريو .

(٥) مطوله في العقود ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ص ٦١ .

(٦) من ذلك حكم المجلس في قضيتي (Grandchamp) و (ve Hugnet) المشار اليهما فيما سبق .

الادارى حتى مطلع هذا القرن - ولكنه هجر في الوقت الحاضر لفساد الاعتبارات التى يقوم عليها ، كما ذكرنا فى بداية هذا المؤلف . ومن ثم فيجب هجره . هذا فضلا عن أن الادارة حينما تتعاقد - حتى فى نطاق المقود الادارية - كانت تعتبر أنها تقوم بتصرف عادى لا بعمل سلطة وفقا لتلك النظرية ، فيكون من التناقض الاستناد اليها فى هذا المجال . ولا شك أن فكرة الضرر غير المباشر كافية لتبرير الحلول التى قال بها المجلس فى هذا الخصوص .

ثم انه اذا كان المجلس قد رفض تطبيق نظرية عمل الأمير فى هذه الحالات ، فانه يطبق عليها نظرية الظروف الطارئة متى استوفت شروطها كما سنرى عند دراستنا لهذه النظرية الأخيرة .

وفيما عدا تدخل الادارة مباشرة لتعديل شروط المقعد ، فان أحكام القضاء الادارى المصرى فى هذا المجال نادرة . ولعل من أوائلها حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٨٧٤) فى ظروف تتلخص فيما يلى : تماقت «الهيئة العامة لشئون النقل المائى الداخلى» مع أحد المواطنين لتسيير خط ملاحى نهري بين مصر القديمة والواسطى (الحرمان) مقابل اتاوة مقدارها ٤٣٠٠ جنيه . ثم قامت هيئة النقل البرى - بعد ذلك - بتسيير أتوبيس برى من القاهرة الى حلوان فالصف . وسيرت محافظة القاهرة أتوبيسات نهريية بين القاهرة وحلوان . وترتب على ذلك كله أن انخفضت موارد المستزم الذى طالب بتخفيض الاتاوة ، « لأن الظروف السابقة أثرت على نشاطه وحملته بخسائر لم تكن فى الحسبان » .

قضت محكمة القضاء الادارى بتعديل قيمة الاتاوة ، وتخفيضها من ٤٣٠٠ جنية الى ٢٥٠٤ جنية اعتمادا على أن ما حدث يعتبر تمديلا لشروط المقعد . فلما وصل النزاع أمام المحكمة الادارية العليا ، فسرت قضاء محكمة القضاء الادارى على أنه تطبيق لنظرية فصل الأمير ، لأن الحكم - على حد قول المحكمة الادارية العليا - « وان

لم يفصح عن ذلك صراحة ، فقد أشار الى أن الجهة الادارية قامت بتعديل الترخيص للوفاء بحاجة المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة دون خطأ من جانبها ، وبناء على ذلك خفضت المحكمة الاتارة المتعاقدة عليها ، تحقيقا للتوازن المالى للعقد » . وامتطردت المحكمة الادارية العليا تقول فى حكمها المشار اليه ، ان من شروط نظرية « فعل الأمير » أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الادارة المتعاقدة . فاذا صدر هذا الفعل عن شخص معنى عام غير الذى أبرم العقد ، تخلف أحد شروط فعل الأمير ، وامتنع بذلك تطبيق أحكامها . ولكن ذلك لا يحول دون تطبيق نظرية الحوادث الطارئة اذا ما توافرت شروطها » . فكان المحكمة الادارية العليا تسلم بأن الأفعال الضارة ، لو أنها صدرت من جهة الادارة المتعاقدة ، لتوافرت شروط تطبيق نظرية فعل أو عمل الأمير . ولكنها استبعدت تطبيقها ، لأن الأفعال الضارة - وهى ذات طابع خاص - صدرت من جهات ادارية أخرى ، وبهذا تأخذ المحكمة بأحدث مواقف القضاء الادارى الفرنسى كما ذكرنا فيما سبق .

الفرع الثانى

عمل الأمير فى صورة اجراء عام

١ - ونقصد بالاجراء العام هنا ، صدور قوانين أو لوائح من جهة الادارة المتعاقدة يكون من شأنها زيادة أعباء المتعاقدة مع الادارة . فهل يجب تمويض المتعاقدة فى هذه الحالات عن الأضرار التى تناله من جراء هذه الاجراءات العامة ؟ لقد ذهب رأى مرجوح فى الفقه الى انكار تطبيق النظرية فى هذه الحالة ، ما دام المتعاقد غير مقصود بذاته بهذه الاجراءات العامة ، وأنها تنصب على جميع المواطنين . وهذا ما ذهب اليه المفوض لاتورنيرى فى تقريره الذى

قدمه الى مجلس الدولة الفرنسى فى قضية «Cie des scieries africaines»
والتي صدر فيها حكم المجلس فى ٩ مارس سنة ١٩٢٨^(١) . فهو
يرى أن الاجراء العام، غير الموجه الى المتعاقد مباشرة ، لا يعوض
عنه الا فى حالتين : الأولى أن ينص على ذلك صراحة فى العقد .
والثانية أن يكون هذا الاجراء غير متوقع ، وحينئذ لا تطبق نظرية
عمل الأمير ، ولكن تطبق نظرية الظروف الطارئة . ولكن هذا الرأى
غير صحيح ، ولا يؤيده قضاء مجلس الدولة الفرنسى وان كانت
تطبيقات نظرية عمل الأمير هنا أقل منها فى الحالات السابقة كما
سنرى فيما بعد .

٢ - وبالرغم من أن التطبيقات الأصلية لنظرية عمل الأمير تقوم
على أساس الاجراءات الخاصة لا العامة ، فان صياغة بعض الأحكام
الصادرة من محكمة القضاء الادارى يوحى ظاهرها بأن تطبيق النظرية
يقتصر على صدور اجراءات عامة ، وهى الحالة التى تشكك فيها
بعض الفقهاء، فى حين أن الحالة الأولى لا خلاف عليها فقها وقضاء!!
ومن هذا القبيل حكمها الصادر فى ٢ يونية سنة ١٩٥٣ (س ٧ ، ص
١٣٩٧) والذي جاء فيه « . . . ونظرية عمل الحاكم (الأمير)
« . . . تستلزم صدور اجراءات عامة من جانب السلطات العامة « . .
وحكمها الصادر فى ٣٠ يناير سنة ١٩٥٥ (س ٩ ، ص ٢٦٨) حيث
تقول « . . . يشترط لقيام الحق فى التمويض تأسيساً على نظرية عمل

(١) مجلة القانون العام سنة ١٩٢٨ ص ٣٢٦٠ وقد جاء فى تقرير المفوض :

«Quand cette mesure (generale) n'atteint que le contractant de FEst, quand elle est spéciale à ce dernier elle met en jeu la théorie (du fait du prince). Quand au contraire la mesure a une portée generale, quand elle deborde de méttémént la situation special du cocontractant, quand elle englobe tout le territoire ou moins toute un catégorrie d'administrés, en principe la théorie ne reçoit pas d'application. Il n'en est autrement que dans deux cas d'une part quand le contral prévoit cette hypothèse et ouvre alors au cocontractant le droit à une indemnité ; d'autre part quand la circonstance était imprévisible et que le contrat est bouleversée. On revient alors par ce biais à la théorie de l'imprévision dont la théorie du fait du prince n'est plus que'un cas particulier».

الأمير أن تصدر الحكومة تشريعا عاما جديدا يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص . . . » .

وهذه الاحكام وأمثالها ، اذا أصابت في توكيد تطبيق نظرية عمل الأمير في حالة الاجراءات العامة - وفقا للرأى الراجح كما ذكرنا - فانه يعيبها أنها لا تتناول جميع تطبيقات النظرية . ولهذا فان الأحكام الجديدة أدق صياغة ، لانها تعرف نظرية عمل الأمير تمريفا أقرب الى السلامة . ومن ذلك حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٧ قضائية) والذي يقول : « ان المقصود بمباراة « فعل الأمير » هو كّل اجراء تتخذه السلطات العامة ، ويكون من شأنه زيادة الاعباء المالية للمتعاقد مع الادارة . . . وهذه الاجراءات التى تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الادارية التى أبرمت العقد ، وقد تتخذ شكل قرار فردى أو تكون بقواعد تنظيمية عامة » هذا ولقد سبق أن أوردنا حكم المحكمة الادارية العليا الذى أجمل شروط تطبيق النظرية .

ومع ذلك فان معظم القضايا التى أثرت فيها النظرية أمام مجلس الدولة المصرى تتعلق باجراءات عامة كما سنرى ، وانتهى فيها المجلس الى تأكيد النظرية من حيث المبدأ ، ولكنه لم يعمدها موضوعيا لعدم توافر شروط تطبيقها .

٣ - وهنا أيضا ، قد يؤدى الاجراء العام الصادر من السلطة العامة ، اما الى تعديل مباشر فى شروط العقد ، واما الى التأثير فى ظروف التنفيذ الخارجية . ومن ثم فائنا ندرسه وفقا للترتيب السابق .

١ - § الاجراء العام يؤدى الى تعديل شروط العقد

قد يؤدى التشريع أو اللائحة الى تعديل مباشر فى شروط العقد ، اما بتعطيل بعض شروطه ، أو بتعديل فحواها أو بانتهاء العقد قبل الأوان . ويلاحظ كثرة هذه الاجراءات فى الوقت الحاضر ، نظرا لازدياد الطابع الاشتراكى للدولة الحديثة كما ذكرنا .

ويعترف النظر عن مشروعية القوانين الصادرة في هذه الخصوص^(١) ، فانه من المتمعين تعويض المتعاقد على أساس نظرية عمل الأمير في هذا المجال .

ولقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في أحكامه القديمة والحديثة . ومن ذلك حكمه الصادر في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠٩ في قضية «Zeilabadine»^(٢) والذي قضى بتعويض المتطوعين «Les engagés militaires» الذين ألغيت عقودهم نتيجة لصدور مرسوم يقضى بحل الفرق التي ينتمون إليها .

ومن أحكامه الحديثة نسبيا حكمه الصادر في ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٩ في قضية «chemins de fer de l'Ouest»^(٣) . وتتلخص ظروف هذه القضية في أنه صدر في فرنسا مرسوم بقانون في ١٦ يوليو سنة ١٩٣٥ يقضى بخفض نفقات الدولة في جميع الميادين بنسبة ١٠٪ . وقد أدى تطبيق هذا المرسوم بقانون على شركة «سكك حديد الغرب الى تمديد الاتفاق الذي تم بينها وبين الدولة في ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٠٩ ، والذي استردت الدولة بمقتضاه مرفق السكك الحديدية الذي كانت تتولاه في مقابل مبالغ سنوية تؤديها الدولة الى الشركة . فلما تظلمت الشركة من خفض تلك الأقساط بنسبة ١٠٪ وفقا للمرسوم بقانون المشار اليه ، قضى المجلس في حكمه السابق ، وفقا لتقرير المفوض «Josse» بتعويض الشركة تمويضا كاملا على أساس نظرية عمل الأمير .

وقد قال المفوض «Josse» في هذا الخصوص ، ان كون الأقساط التي التزمت الدولة بأداؤها الى الشركة المدعية قد حددت بمقتضى

(١) راجع دراسة الدكتور ثروت بدوي لهذا الموضوع في رسالة السابقة

ص ١٠٥ ، وما بعدها والمراجع التي أشار اليها .

(٢) مجموعة سري سنة ١٩١٠ ، القسم الثالث ، ص ١ مع تعليق هوريو .

(٣) مجلة القانون العام ، سنة ١٩٤٠ ، ص ٥٨ مع تقرير المفوض «Josse»

وتعليق الفقيه جيز .

المقد ، لا يحول دون تطبيق المرسوم بقانون الصادر في ١٦ يوليو سنة ١٩٣٥ والذي يقضى بخفض جميع نفقات الدولة بنسبة ١٠٪ ولكن يجب أن يبيح الأمر في نطاق المبادئ التي تحكم تدخل الدولة كسلطة تشريعية في مجال عقودها مع الأفراد . وهنا لا يمكن انكار حق الأفراد في التمويض ما دام التشريع لم يتضمن حكما بمكس ذلك^(١) . وهذا هو ما سجله مجلس الدولة الفرنسي في حكمه السابق حيث يقول :

«... L'annuité de rachat ne pourrait être réduite à une somme inférieure au montant desdites charges par l'effet du décret de 16 juillet 1935, sans que l'Etat fût tenu de verser à la Compagnie une indemnité compensatrice en vertu obligations contractuelles».

على أنه إذا نص القانون ذاته على كيفية التمويض في هذه الحالات ، أو حتى منع التمويض ، فإن مجلس الدولة الفرنسي يجرى على احترام التشريع ، نظرا الى أنه ينكر على نفسه حق رقابة دستورية القوانين ، كما هو الشأن بالنسبة الى سائر جهات القضاء في فرنسا ، وبمكس ما هو مقرر في مصر^(٢) .

٢ - § الاجراء العام يعدل في ظروف التنفيذ الخارجية

والفرض في هذه الحالة ألا يمس الاجراء العام ، شرطا من شروط المقد ، بل يقتصر أثره على التأثير في ظروف التنفيذ الخارجية بما يجعل التنفيذ أكثر مشقة على المتعاقد . وهنا يلاحظ الفقهاء أن الأصل في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ألا يعوض عن الأضرار التي يتحملها المتعاقد في هذه الصورة الا في أضيق الحدود ، بحيث يمكن القول أن القاعدة هي رفض التمويض ، والاستثناء هو الحكم به .

(١) «C'est la question de l'intervention de l'Etat législateur dans un contrat passé par l'Etat qui se pose alors et l'indemnité ne peut être déniée que si le texte ayant valeur législative en exclut lui-même la possibilité ... La convention doit être interprétée comme obligeant l'Etat à compenser toute charge nouvelle qu'il impose, à un titre quelconque, à la Compagnie».

(٢) حكمه الصادر في ٦ يوليو سنة ١٩٥١ في قضية «Min. de la Guerre» المجموعة ص ٣٩٦٠ ، وفي ١٨ يناير سنة ١٩٥٢ في قضية «Dame Sobiers» المجموعة ص ٣٩٠ . وفي ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ في قضية «Sté Lessorre» المجموعة ص ٣٩٠ .

(١٣ - العقود الإدارية)

وكل ذلك على أساس نظرية عمل الأمير بطبيعة الحال ، لأن رفض التعويض على أساس عمل الأمير ، لا يعنى أنه لا يمكن المطالبة به على أساس آخر كما سنرى فيما بعد .

ومن ثم فأننا نمرض للحالات التى رفض فيها القضاء التعويض على أساس نظرية عمل الأمير ، ثم للحالات التى أقر فيها التعويض استثناء ، وأخيرا نناقش قضاء المجلس فى هذا الصدد .

أولا - الحالات التى رفض فيها التعويض

١ - وتجربى الصيغة التقليدية لمجلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص على النحو التالى : «وحيث أن نصوص القانون (أو اللائحة) ذات طابع عام ، وأن الضرر الذى نال المتعاقد من جرائها إنما تحمله فى ذات الظروف الخاصة بسائر المواطنين ، ومن ثم فإنه لا يستحق عنها تعويضاً إلا إذا أدت إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب ...» (١) .

ولقد اختلف الفقهاء فى تحديد مدلول هذه العبارة : هل تستبعد تطبيق نظرية عمل الأمير؟! هذا ما انتهى إليه الدكتور ثروت بدوى فى رسالته السابقة . فهو يرى أن المجلس يجرى على رفض التعويض فى هذه الحالات إلا إذا أثبت المتعاقد أن ضرراً خاصاً قد لحق به «un préjudice spécial» وهو ما يوحى به ظاهرة العبارة التى يستعملها مجلس الدولة الفرنسى (٢) .

ولقد تبينى هذا الرأى أيضاً الأستاذ دى لوبادير (٣) .

(١) «Les disposition de la loi (ou du règlement) du ... avaient un caractère général et les dépenses supplémentaires qu'elles ont pu occasionner au requérant ont été supportées par lui dans les mêmes conditions que par tous les autres commerçants ou industriels que dans ces conditions elles n'auraient pu ouvrir au requérant un droit à indemnité que si elles avaient eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat».

(٢) رسالته السابقة ص ٢٠٧ وما بعدها .
(٣) مطول فى المقود ، الجزء الثالث ص ٣٩ .

ويفسر هذا الرأى العبارة الأخيرة الواردة فى الفقرة التى اقتبسناها من قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، على أنها إحالة الى نظرية الظروف الطارئة .

ولكن فريقا آخر من المفسرين يفسر عبارات مجلس الدولة الفرنسى تفسيراً ينتهى الى اقرار نظرية عمل الأمير حتى فى هذه الصور ، ولكن بشروط أشد . فهم يرون أن عمومية الاجراءات الصادرة من السلطات العامة ، والتى لا تمس شروط المقدم مباشرة ، لا يمكن أن تؤدى الى تطبيق نظرية عمل الأمير الا اذا أدت الى قلب اقتصاصات المقدم رأساً على عقب . فى حين أنه يكفى فى الظروف العادية لتطبيق نظرية عمل الأمير ، أن ينال المتعاقد ضرر أياً كانت درجته . ومن هذا الرأى الفقيه بيكينو فى بحثه السابق^(١) .

والخلاف بين الرايين لا يقف عند مجرد الاعتبارات النظرية ، ولكن له أثر عملي هام ، لأن الاختلاف فى أساس المسؤولية يؤدى الى خلاف فى مقدار التمويض كما سنرى فيما بعد .

٢ - وإذا تركنا هذا الخلاف مؤقتاً ، وجدنا أن مجلس الدولة الفرنسى قد رفض التمويض على أساس عمل الأمير فى الحالات الآتية :

أولاً : فى مجال الضرائب والرسوم «Les mesures fiscales» والتى تؤدى الى صعوبة التنفيذ . ومثال ذلك فرض ضرائب جديدة ذات طابع عام ، أو زيادتها «impôts généraux» على الانتاج^(٢) . الخ .

(١) الملزمة رقم ٥١١ ، فقرة رقم ٣٦٨ ، حيث يقول :

«Le cocontractant de l'administration ne pourra prétendre à l'indemnité que si l'acte général (loi ou règlement) dont il prétend qu'il trouble l'exécution de son contrat en bouleversant complètement l'économie : La spécialité du préjudice découle comme nous l'avons dit, de son énormité».

وبهذا المعنى أيضاً تعليق الفقيه البيير ، منشور فى مجموعة سبرى سنة ١٩٣٦ ، القسم الثالث ص ٨١ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٦ يناير سنة ١٩٤٥ فى قضية (Sic anonyme Motobloc) المجموعه ص ٣٥ وفى ٥ أبريل سنة ١٩٤٤ فى قضية (Journé) المجموعه ص ٤٠٢ =

ثانيا : فى مجال الاجرامات الاجتماعية «Les mesures sociales»
كالتشريعات التى تستهدف تحسين أحوال العمل والعمال ، والتى
يكون من شأنها زيادة أعباء التنفيذ ، مثل التشريعات الخاصة
بزيادة الأجور ، أو بفلام المعيشة أو التأمين ضد اصابة العمل
أو منح أجازات بأجر للعمال ... الخ^(١) .

ثالثا : فى مجال التنظيمات الاقتصادية والمالية : «Les mesures économiques ou monétaires»
ومثال ذلك التشريعات التى تصدر
بتنظيم الاستيراد والتصدير^(٢) ، وتلك التى تسمح بزيادة أجور
النقل فى السكك الحديدية أو غيرها^(٣) ، وأخيرا التشريعات التى
تصدر فى شئون النقد^(٤) .

**٣ - وبالرجوع الى الأحكام القليلة الصادرة من محكمة القضاء
الادارى المصرية نلمس أن مجلس الدولة المصرى يلتزم ذات المسلك
السابق ، وذلك واضح من الأمثلة الآتية :**

**أولا : رفضت محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ١٦
يونية سنة ١٩٥٣ أن تموض الشركة المدعية عن الأضرار التى**

= وفى ٢٢ فبراير سنة ١٩٤٦ فى قضية (Etabl. Bixouard) المجموعة ص ٤٣٢ ،
٩ مايو سنة ١٩٤٧ فى قضية (Etabl. Paul Lapra) المجموعة ص ١٨٣ ، وفى ١٧
يوليو سنة ١٩٤٠ فى قضية (Chouard) المجموعة ص ٤٤٤ .

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٠ يناير سنة ١٩٠٨ فى قضية (Moiré et Beyssac)
المجموعة ص ٢٠ مع تعليق المفوض (Tardieu) وفى ١٤ فبراير سنة ١٩٢٦ ، فى
قضية (Ville de Paris) مجموعة سبرى سنة ١٩٣٦ القسم الثالث ص ٨١ مع تعليق
البيبر ، وفى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤١ فى ١٩٤١ فى قضية Hospices de Vannes المجموعة
ص ٢٤٤ وفى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٨ فى قضية (Chabrat) المجموعة ص ٩٩٦ وفى
أول فبراير سنة ١٩٣٩ فى قضية (Léostic) المجموعة ص ٥٣ .

(٢) حكمه فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٨ فى قضية (Guillet) المجموعة ص
١٣٢١ .

(٣) حكمه فى ١٣ فبراير سنة ١٩٢٤ فى قضية (Grandchamp) المجموعة
ص ١٧٧ وفى ٦ أغسطس سنة ١٩٢٤ فى قضية (Mayer) وفى ٦ مارس سنة ١٩٣٠
فى قضية (Roturier)

(٤) حكمه الصادر فى ١٠ فبراير سنة ١٩٤٣ فى قضية (Antran) المجموعة
ص ٣٦ .

لغقتها من جراء فرض رسم يُلدى على إنتاج الكهرباء ، وبررت رفضها بما يلي : « ومن حيث ان فرض الرسم ائذى تضمنه القرار المطعون فيه كان متوقعا وقت التعاقد بمقتضى البند ١٧ من عقد الامتياز فضلا عن أنه لم يجاوز الحد العادل المعقول ولم يتضمن أى تمييز فى التكليف بين المنطلوين تحت أحكامه ، وأن هذا الرسم وما تقول به الشركة من زيادة فى «مر التكلفة ونقص فى الاستهلاك لم يؤد الى ارهاقها فى التزاماتها والى الاختلال المالى للعقد ، وكل ما يحتمل أن يكون قد ترتب عليه ، ان صح دفاع الشركة فى هذا الصدد ، أن أرباحها المتزايدة قد تناقصت ٠٠٠ ولكن هذا النقص لم يصل الى المساس بالربح المعقول الذى كان متوقعا عند التعاقد ٠٠٠ » (١) .

ثانيا : فى حكمها الصادر فى ٨ مارس سنة ١٩٥٤ تقرر د ٠٠٠ اذا كان التعاقد قد تم بين المدعى ومصلحة المستشفيات الجامعية فى ظل أحكام القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ الخاص بقمع الغش والتدليس الصادرة بتنفيذه قرار وزير التجارة والصناعة رقم ٦٣ لسنة ١٩٤٣ وفى ظل أحكام القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٥٠ ، فاذا استعمل وزير الصحة الرخصة المخولة له بمقتضى القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٥٠ وأصدر قرارا بالمواصفات الخاصة بالألبان ومنتجاتها ، وجب على المدعى توريد اللبن طبقا لهذه المواصفات ، ولو كان القرار الصادر بهذه المواصفات قد صدر بعد تعاقد ، وكانت النسب المحددة به تُلدسم والمواد الصلبة مرتفعة عما تعاقد عليه ، وذلك لأنه كان يعلم عند تعاقد أن هذه النسب عرضة للتعديل بما لوزير الصحة من حق فى تحديد هذه المواصفات بمقتضى القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٥٠ ،

(١) المجموعة ، السنة السابعة ص ١٥٧٨ ، ويلاحظ أن المحكمة قد رفضت نظرية الظروف الطارئة لعدم توافر شروطها . ولكن فى رفضها لنظرية عمل الأمير قالت : (ص ١٥٧٧) « وأساس تطبيق النظرية الثانية أفعال تأتتها السلطة العامة ولم تكن متوقعة وقت التعاقد ويترتب عليها جعل تنفيذ التزامات التعاقد مرهقا بما يترتب عليه خسارة جسيمة » وهذا القيد غير صحيح على إطلاقه فى نظرية عمل الأمير ، اذ يكفى فى هذه النظرية أى ضرر ولو كان مجرد انقصاص الربح كما سنرى ، مع ملاحظة أن رأى الفقيه بيكينو والذى أشرنا اليه بالنسبة لحالات معينة ، هو رأى مرجوح فى نظرنا .

ولا يكون له من حق وهذه ملايسات تعاقد في طلب الحكم بانفساخ عقد ٢٨ يونية سنة ١٩٥٢ . ولا يجديه القول بأن في توريد اللبن طبقا للمواصفات المعدلة ما يؤدي الى ارهاقه بحجة أنه اتفق مع صغار المنتجين على تموينه بالألبان التي تعاقد على توريدها والبان مواشيهم لا تنتج النسب التي حددها القرار سالف الذكر ، لا يجديه ذلك لأن من مقتضى هذا القرار أنه يحظر على أى شخص كان من صغار المنتجين بيع اللبن أو عرضه أو حيازته بقصد البيع ما لم تتوافر فيه المواصفات والنسب التي حددها القرار الوزاري ، والا اعتبر اللبن مغشوشا وعرض صاحبه للمحاكمة ، وهو وضع يؤدي بلا شك الى امتناع صغار المنتجين عن تموينه باللبن الا اذا كان متوافرا فيه النسب المحددة بالقرار الوزاري سالف الذكر ٠٠٠ (١) .

والفقرات الأخيرة من هذا الحكم - بصرف النظر عن صدره - قاطعة في ابراز سبب رفض التمويض ، وهو عدم خصوصية الضرر ، لأن الاحباء التي فرضها القرار الوزاري قد مست جميع المشتغلين بتجارة اللبن .

ثالثا : أفتى قسم الرأي مجتمعا في ١٧ يولية سنة ١٩٥٤ بأن قرار مجلس الوزراء الصادر بتخفيض قيمة الجنيه المصرى بالنسبة للدولار يعتبر حادئا استثنائيا عاما في حكم المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني ٠ ، أى أنه رفض اعتبار هذا الاجراء العام من قبيل عمل الأمير ، وطبق عليه أحكام نظرية الظروف الطارئة (٢) ، وهو المسلك الذى يلتزمه مجلس الدولة الفرنسى في الوقت الحاضر كما رأينا .

وفى فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى الصادرة في ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٦٤ (ص ١٩ ، ص ٥١) رفضت أن تموض الشركة

(١) السنة الثامنة ، ص ٨٨٠ .

(٢) فتوى قسم الرأي مجتمعا رقم ٣٦٠ الصادرة في ١٧ يوليو سنة ١٩٥٥ ، مجموعة فتاوى المجلس السنة الثامنة ونصف التاسعة ، ص ٤٦ . وموف نمود الى هذه الفتوى مرة أخرى فيما بعد .

الفنية للأعمال » عن فروق الأسعار الخاصة بمهمات مطلوب استيرادها بسبب حرب سنة ١٩٥٦ ، وعمولة شركة مصر للتجارة الخارجية ، وعلاوة حساب التصدير ، ورسم أخصائي جمركي ورسم بحري ، لأن جميع هذه المبالغ لا ترجع إلى تدخل مباشر من جهة الإدارة المتعاقدة (الإدارة العامة للمياه بوزارة الاسكان والمرافق) ، وأنه « يشترط لأعمال هذه النظرية صدور اجراء خاص أو عام من جانب جهة الإدارة المتعاقدة ، لم يكن متوقفا وقت التعاقد ، يترتب عليه الحاق ضرر خاص بالتعاقد لا يشاركه فيه سائر من مسهم هذا الاجراء » . وبالرغم من دقة تعريف الفتوى للنظرية ، وتحديد شروطها ، فإنه قد يؤخذ عليها تبرير الرفض ، لأن « الإدارة العامة للمياه بوزارة الاسكان والمرافق » ليست من الأشخاص العامة المستقلة عن الدولة ، كالأشخاص الإقليمية أو المصلحية ، بل هي إحدى ادارات وزارة الاسكان والمرافق ، ومن المسلمات أن الوزارات ليست لها الشخصية الاعتبارية ، بل تعبر كل منها عن شخصية الدولة في نطاق تخصصها . ومن ثم فإن الاجراءات الخاصة أو العامة التي تصدر عن وزارة من الوزارات تعتبر كأنها قد صدرت من الوزارة المتعاقدة ، فالوزارات وما يتفرع عنها من مصالح لا تعتبر « غيرها » في صدد نظرية أعمال الأمير .

أما في فتوى الجمعية الصادرة في ١٠ فبراير سنة ١٩٦٥ (س ١٩ ، ص ٣٠٩) فقد رفضت الجمعية اعتبار القانون رقم ٦٣ لسنة ١٩٦٤ (الخاص بالتأمينات الاجتماعية) من قبيل الاجراءات العامة التي تؤدي الى تطبيق نظرية فصل الأمير ، لأنه وإن حمل الشركات أعباء مالية ، فإن الشركات المتعاقدة لا حق لها في المطالبة بالتعويض عما لحقها من أضرار نتيجة لزيادة أعباء رب العمل عنمن يستخدمهم من عمال المقاولات والتراحييل الموصيين لأنه « لم يصنف الأعباء على شركات المقاولات وحدها ، وإنما حمل بها أرباب الأعمال جميعا على اختلاف مستوياتهم ، وتباين أنشطتهم » . ومن ثم

لا يتوافر في هذا القانون وصف عمل الأمير بمعناه السابق ، لأنه لم يلحق بهذه الشركات ضررا خاصا » .

ثانيا : الحالات الاستثنائية التي قبل فيها المجلس التعويض :

١ - هناك حالتان لا تثيران صعوبة ما : وهما حالة النص على التعويض في القانون (أو الاجراء العام) أو العقد ، وحينئذ يطبق المجلس هذه النصوص باعتبارها تعبيراً عن ارادة المشرع أو المتعاقدين .

ولكن مجلس الدولة الفرنسي لم يقف عند هاتين الحالتين ، بل منح التعويض في حالات استثنائية على أساس نظرية عمل الأمير . وهنا نصل الى أدق تطبيقات النظرية ، نظرا لعدم وجود معيار قاطع يجمع عليه الفقه والقضاء ونظرا لروح مجلس الدولة الفرنسي العملية والتي لا تتقيد بالاعتبارات النظرية وتفحص كل حالة وفقا لظروفها كما ذكرنا . والغريب أنه اذا ذكرت نظرية عمل الأمير انصرف الذهن في مصر ، الى هذه الحالات ، وهو المعنى الذي توحى به معظم أحكام مجلس الدولة المصري كما ذكرنا . فعلى أى أساس يמוש مجلس الدولة الفرنسي عن الاجراءات العامة والتي لا تؤثر في شروط العقد مباشرة ؟ .

٢ - ان أهم المعايير أو التوجيهات التي قدمها الفقهاء ، والتي تستشف من تقارير المفوضين وبعض أحكام مجلس الدولة ، تقوم على الاعتبارات الآتية :

أولا : أن يمس الاجراء العام موضوعا جوهريا كان له دوره

الحاسم في دفع الفرد الى التعاقد :^(١)

«Une donnée dont on peut considérer qu'elle a été essentielle, déterminante dans la conclusion du contrat, une donnée dont la prise en considération a décidé le cocontractat à conclure le contrat».

(١) دافع عن هذه الفكرة الفقيه «Teissier» في مؤلفه من مسئولية السلطة العامة ، سنة ١٩٠٦ - ووردت في بعض أحكام مجلس الدولة ، ومنها حكمه الصادر في ٩ أبريل سنة ١٨٩٧ في قضية «Gaz de Montluçon» المجموعة ص ٣٠٥ ، وفي =

ثانيا : فكرة الضرر الخاص (Le préjudice spécial) : بمعنى أن مجلس الدولة الفرنسي لا يمكن أن يعوض عن الضرر المترتب على الاجراءات العامة الا اذا أثبت المتعاقد أن ضررا خاصا قد لحقه ، وأن هذا الضرر الخاص لا يشاركه فيه سائر من يمسه القرار العام . ولقد دافع عن هذه الفكرة الدكتور ثروت بدوى فى رسالته السابقة^(١) ، وجعلها الشرط الوحيد والكافى للتمويض فى هذه الحالات حيث يقول :

«La notion du préjudice spécial constitue, à nos yeux, le seul critère que l'on puisse fournir pour expliquer un jurisprudence, en apparence contradictoire. C'est le seul qui puisse corriger le principe général d'irresponsabilité que nous avons dégagé de l'ensemble de la jurisprudence».

ولقد سبق أن نادت محكمة القضاء الادارى المصرية بهذا الميار فى حكمها الصادر فى ٣٠ يناير سنة ١٩٥٥ حيث تقول : « يشترط لقيام الحق فى التمويض تأسيسا على نظرية عمل الأمير أن تصدر الحكومة تشريعا عاما جديدا يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص . والضرر الخاص يتحقق اذا أصاب التشريع الجديد - على الرغم من عمومية نصوصه - المتعاقد وحده دون مجموع الشعب ، أو اذا ما أصابه بضرر من الجسامة بحيث يتجاوز بكثير ما أصاب مجموع الشعب^(٢) » كما أشارت اليها بعض فتاوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى التى أوردناها فيما سبق .

وإذا كانت فكرة الضرر الخاص ، هى فكرة موضوعية ، تثبت فى كل حالة على حدة ، فإن العميد هوريو قد ذهب فى بعض تعليقاته الى أن الضرر الذى يصيب المتعاقد من جراء هذه الاجراءات العامة ، هو ضرر خاص باستمرار ، نظرا للرابطة التصاقية التى تربطه

= ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٥ فى قضية «Barby» المجموعة ص ١٠٠٤ وقد وردت الفكرة فى هذا الحكم على لسان المفوض روميو ورددها وراءه مجلس الدولة الفرنسى . وحكمه الصادر فى ٣١ مايو سنة ١٩١٨ فى قضية «Degraeve» المجموعة ص ٥٢٧ ، وفى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٤ فى قضية «Tanti» المجموعة ص ٩٤٠ .

(١) صفحة ٢٠٩ وما بعدها من الرسالة .

(٢) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة التاسعة ، ص ٢٦٨ .

بالسلطات العامة والتي تميزه عن سائر المضرورين من تلك التشريعات^(١) .

والواقع أن تفسير هوريو - ولو أن القضاء لا يؤيده - هو وحده انذى يجعل للتمويض أساسا متميزا فى هذه الحالة ، ويلحقه بنظرية عمل الأمير ، كفكرة يقتصر تطبيقها على نطاق العقود الادارية . أما استبعاد تفسيره ، والاقتصار على فكرة « الضرر الخاص » بمناها المطلق ، فيجعل المسؤولية فى هذه الحالة تخضع للقواعد العامة فى المسؤولية عن الأضرار التى تلحق بالأفراد من جرائم التشريعات ، سواء أكانت تربطهم بالادارة رابطة تعاقدية أم لا ، مما وضع مجلس الدولة الفرنسى أساسه فى حكمه المشهور فى قضية *Le Fleurette* ^(٢) .

ولمواجهة هذا النقد جزئيا ، فإن الفقيه دى لويادير - دون أن يتابع رأى العميد هوريو على إطلاقه - قد ذهب الى أن فكرة خصوصية الضرر فى هذه الحالة ، يجب أن تؤخذ بمعنى واسع ، غير معنى الخصوصية فى حكم لافلوريت السابق ، والذي تقوم المسؤولية فيه على أساس غير تعاقدى^(٣) .

٣ - وبالرجوع الى أحكام مجلس الدولة الفرنسى ، نجد أنه قد عوض عن تلك الاجراءات على أساس نظرية عمل الأمير فى الحالات الآتية :

(١) تطبيقه على حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية «Zeinbadine» والمنشور فى مجموعة سبرى سنة ١٩١٠ ، القسم الثالث ، ص ١ وقد جاء فيه قوله :

«Il (lepréjudice) serait toujours spécial en ce sens que la victime, par le contrat même, se trouvait placée vis-à-vis de l'administration dans une situation spéciale» .

(٢) ارجع فى التفاصيل مؤلفنا « القضاء الادارى » فى أى من طبعاته المتعددة ، خصوصا الطبعة المطولة حيث ناقشنا هذا الموضوع تفصيليا . ومن ثم فإننا نكتفى بالاحالة الى دراستنا السابقة منعا للتكرار ، ويتمين الرجوع اليها لادراك النقد الذى واجهناه الى الفكرة فى المتن .

(٣) مطوله فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ٥٥ حيث يقول :

أولاً - فى مجال الرسوم والعوائد : رأينا فيما سبق أن مجلس الدولة الفرنسى يرفض تطبيق نظرية عمل الأمير بالنسبة الى الأضرار التى تترتب على انشاء ضرائب جديدة أو زيادة الضرائب القائمة متى كانت هذه الضرائب ذات طابع عام .

ولكنه يجرى أيضا على تطبيق تلك النظرية والحكم بالتعويض اذا تعلق الأمر بضرائب محلية ، كالرسوم والعوائد التى تجبها البلديات والتى يطلق عليها بالفرنسية اصطلاح (droits d'octroi) فاذا أنشأت إحدى البلديات رسوما جديدة أو رفعت من فئة الرسوم المقررة من قبل ، وترتب على ذلك زيادة أعمار المواد الأولية اللازمة لتنفيذ العقد - كالفحم مثلا فى حالة الالتزام بتوريد الكهرباء أو الغاز ، ومواد البناء فى حالة عقود الأشغال العامة ، والسلع المتعاقدة على توريدها فى عقود التوريد .. الخ - فان مجلس الدولة الفرنسى يقضى بالتعويض الكامل على أساس نظرية عمل الأمير .

طبق مجلس الدولة المبدأ السابق فى حالة الرسوم التى تجبها البلديات * (droits d'octroi) ، وذلك بشرط أن تكون البلدية التى جبت العوائد الجديدة هى جهة الادارة المتعاقدة^(١) . وأخذ بذات المبدأ فيما يتعلق بالرسوم الجمركية بالنسبة الى عقود الدول (droit de douane) سواء بالنسبة الى انشاء تلك الرسوم لأول مرة أو زيادتها بعد التعاقد . وحكم المجلس الرئيسى فى هذا الصدد ، هو حكمه الصادر

(٢) حكم المبدأ فى هذا الخصوص ، هو حكم المجلس الصادر فى قضية «Bardy» فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٥ (وقد سبقت الإشارة اليه) حيث يقول « متابعا فى ذلك تقرير المفوض روميو » .

«À l'époque où les requérants ont conclu un contrat pour l'éclairage de la ville par le gaz, le charbon, matière première essentielle de leur industrie, n'était frappé que d'un droit d'octroi de 0,15 dès lors en l'absence de toute clause du marché visant l'hypothèse d'une modification des droits établis sur ce produit, les parties contractantes doivent être réputées avoir tenu compte de l'état de choses existant pour convenir des prix fixés ... Les requérants ont du supporter un surcroît de charges

qui provient du fait même de la ville et à raison duquel ils sont fondés à réclamer à titre de compensation une indemnité égale au montant des nouveaux droits évités» ومن أحكامه الحديثة نسبيا حكمه الصادر فى ٣١ يناير سنة ١٩٣٠ فى قضية

«Sté des combustibles» المجموعة من ١٣٣ ، وفى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٧ فى قضية «Caisse de Compensation» المجموعة من ٤٥٧ .

فى ٣١ مايو سنة ١٩١٨ فى قضية (Degraeve) وقد سبقت الاشارة اليها) • ومما له دلالتة فى هذا الصدد ، أن الدولة كانت قد رفعت الرسوم الجمركية بعد التعاقد على المواد الأولية اللازمة لتنفيذ الأشغال العامة موضوع العقد • ولما طالب المتعاقد بالتعويض على أساس نظرية عمل الأمير ، ميز المجلس بين المواد التى كان يتمين على المتعاقد أن يستوردها من الخارج ، وبين تلك التى يمكنه الحصول عليها محليا • وعوض عن الأضرار الناجمة عن النوع الاول منها بقوله :

«Les prix en ce qui concerne ces matériaux ont été fixée en considération des droits de douane existants lors de la passation du marché».

والتزم المجلس ذات الحل بالنسبة الى ضرائب الدخولية (droits de péage) التى تجبها السلطات العامة على المواد المنقولة أو على الأشخاص القادمين • وحكم المجلس الرئيسى فى هذا الصدد ، هو الصادر فى ٢٠ مايو سنة ١٩٠٤ فى قضية (Cie marseillaise de navigation) (١) •

ومعظم تطبيقات نظرية عمل الأمير — كما يلاحظ الفقهاء — توجد فى هذا المجال بصورة مختلفة •

ثانيا : فى مجال تنظيم الأسعار نتيجة للاقتصاد الموجة (Les mesures réglementaires d'économie dirigée) ومثال ذلك أن ترفع جهة الادارة بقرارات منها الاسعار السائدة وقت التعاقد عند إبرام عقود التوريد • والمثال التقليدى لهذا القضاء ، حكم المجلس الصادر فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٤ فى قضية : (Tanti; Vaudron et Brûlebois) ويمتاز هذا الحكم بأن مجلس الدولة الفرنسى قد طبق فيه نظرية عمل الأمير بالرغم من أن قرار رفع السعر قد صدر من غير جهة الادارة المتعاقدة ، ذلك أن مجلس الدولة الفرنسى لم يكن قد فرض هذا القيد بعد كشرط لتطبيق النظرية •

(١) المجموعة ص ٤٢٥ مع تقرير المفوض «Teisnier» .
(٢) المجموعة ص ٩٤٠ وتحيل الى فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى فى مصر بخصوص ادراج سلمة فى التسعيرة الجبرية على عقود التوريد المستمرة •

ثالثا : واذا كانت التطبيقات التي أشرنا إليها فيما سلف قد كشفت عن موقف ايجابي من السلطات العامة باتخاذ اجراء معين ، فانه يجب ألا يفهم من ذلك أن تطبيقات نظرية عمل الأمير مقصورة على تلك الحالات ، بل ان مجلس الدولة الفرنسي يطبق نظرية عمل الأمير اذا التزمت الادارة موقفا سلبيا ، بامتناعها عن تطبيق القوانين واللوائح التي يمتين تطبيقها اذا ترتب على هذا الامتناع فرض أعباء جديدة على المتعاقد مع الادارة (La non application d'une mesure réglementaire) ويسرى الحكم من باب أولى على حالة ما اذا لفت الادارة اجراء عاما كان يعول عليه المتعاقد عند ابرام العقد .

ويطلق بعض الفقهاء على هذا الموقف السلبي من جانب الادارة تسمية جديدة هي « عمل الأمير السلبي » (Le fait du prince négatif) (١) . وقد ورد تطبيق فكرة عمل الأمير السلبي في حكم المجلس الصادر في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٤ في قضية (Ville de Dieppe) (٢) .

المطلب الثاني

الاثار المترتبة على تطبيق نظرية عمل الأمير

١ - يترتب على التسليم بنظرية عمل الأمير نتيجة رئيسية هامة ، وهي منح المتعاقد المضار من جراء العمل الصادر من السلطات العامة ، تمويضا كاملا . ولكن قد يتولد عن عمل الأمير بجانب هذه النتيجة الرئيسية ، نتائج أخرى فرعية منها :

(أ) تحرر المتعاقد من الالتزام بالتنفيذ اذا ترتب على عمل الأمير استحالة التنفيذ ، كصدور تشريع يحرم الاستيراد بالنسبة الى سلعة لا يمكن الحصول عليها الا من الخارج .

(١) بحث الأستاذ بينكو ، الملزمة رقم ٥١١ ، فقرة ٢٨٠ .

(٢) مجلة القانون العام ، سنة ١٩٢٥ ، ص ٦٥ مع تقرير المفوض «Rivers» وتتعلق بتقصير الادارة في تنفيذ ما تقضى به اللوائح المحلية من تزويد المنازل بالأدوات المعدنية التي تساعد متعهد جمع القاذورات (والمخلفات البرازية) واثب ذلك على تنفيذ التزاماته ، مما حمله أعباء اضافية .

(ب) حق الملتزم فى المطالبة بعدم توقيع الغرامات المالية عن التأخير فى التنفيذ ، اذا ثبت أن عمل الأمير - ولو أنه لم يؤد الى استعالة التنفيذ - قد جعله عسيرا مما يبرر التأخير فى التنفيذ .

(ج) وأخيرا فان من حق المتعاقد ، اذا ما ترتب على عمل الأمير أن زادت أعباءه بدرجة كبيرة لا تحتملها امكانياته المالية أو الفنية ، أن يطالب بفسخ العقد .

ويستطيع المتعاقد - بطبيعة الحال - أن يجمع بين بمض النتائج السابقة اذا تعددت الأسباب ، كالحصول على التمويض الكامل والفسخ أو الجمع بين التمويض الكامل وعدم توقيع غرامات التأخير . . . الخ .

٢ - وفيما يلى نعرض لدراسة النتيجة الرئيسية المترتبة على فعل الأمير ونعنى بها مبدأ التمويض الكامل ، فنتناول أولا ، أساس التمويض ، ثم كيفية تقديره ومداه .

الفرع الأول

أساس التمويض

يتردد الفقه بين أساسين لتبرير التمويض فى حالة عمل الأمير :

الأساس الأول - وهو فكرة التوازن المالى للعقد (L'équilibre financier du contrat) ولقد سبق لنا أن شرحنا هذا الأساس ، ورأينا أنه الأساس الذى يقول به معظم الفقهاء ، كما أن مجلس الدولة المصرى قد سلم به فى معظم أحكامه وفتاويه . وعلى أساس هذه الفكرة ، يتمين على الادارة أن تميد التواز المالى للعقد كلما اختل التوازن نتيجة فعل الادارة .

الأساس الثاني - والأساس الثاني هو المسؤولية التعاقدية للإدارة (La responsabilité contractuelle de l'administration) وقد نادى بهذا الأساس من لم يسلم بفكرة التوازن المالى للعقد^(١) .

والواقع - كما يلاحظ الأستاذ دي لويادير^(٢) - أنه لا خلاف بين الفكرتين ، فالمسؤولية عن عمل الأمير هي مسؤولية تعاقدية ، على أساس التوازن المالى للعقد : فالمسؤولية فى هذا المجال هي مسؤولية تعاقدية . وهذا يفسر اشتراط مجلس الدولة الفرنسى فى الوقت الحاضر أن يكون عمل الأمير من فعل جهة الادارة المتعاقدة ، ورفضه التعويض على هذا الأساس اذا ما كان عمل الأمير من فعل سلطة عامة أخرى غير جهة الادارة المتعاقدة . وهذا ما يميز المسؤولية فى حالة عمل الأمير عنها فى حالة الظروف الطارئة ، والصعوبات المادية غير المتوقعة كما سنرى بعد قليل .

ولكن مسؤولية الادارة فى هذه الحالة ، هي مسؤولية تعاقدية بلا خطأ (responsabilité contractuelle sans faute) ، لأن عمل الأمير يفترض أن الادارة لم تخطئ حين تصرفت ، والا قامت المسؤولية على أساس آخر . وتصبح المسؤولية فى هذه الحالة شبيهة بالمسؤولية على أساس المخاطر : فأماس مسؤولية المخاطر مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة (L'égalité des citoyens devant les charges publiques) ولأساس المسؤولية عن عمل الأمير ، هو التوازن المالى للعقد .

ويجب أن نلاحظ أن فكرة المسؤولية التعاقدية بلا خطأ ، هي فكرة غير متسجمة مع المبادئ المسلم بها فى القانون الخاص ، لأن المسؤولية التعاقدية فى القانون المدنى ، تفترض اخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته المتولدة عن العقد ، فى حين أن عمل الأمير

(١) من هذا رأى الدكتور ثروت بدوى وقد سبق أن ناقشنا رأيه فيما يتعلق بفكرة التوازن المالى للعقد .

(٢) مطوله فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ٦٤ حيث يقول بخصوص الأساسين المشار اليهما فى المتن :

«A notre avis, ces deux explications sont exactes; l'une et l'autre se complètent respectivement».

لا يتضمن من جانب الادارة أى اخلال بالتزاماتها التعاقدية . ولهذا يذهب جانب من الفقه الى ارجاع فكرة التوازن المالى للمقد الى نية الطرفين المتعاقدين ، على أساس أن هذا التوازن المالى للمقد هو أمر مفترض (L'intention présumée des parties) وكثيرا ما أشار مجلس الدولة الفرنسى فى أحكامه - كما رأينا - الى هذه الفكرة . ولكن تعميمها ، وفرضها فى جميع الحالات ، ينطوى على قدر كبير من التعسف . ومن ثم فانه من الأسلم أن نسلم بفكرة التوازن المالى للمقد ، دون حيلة ارجاعها الى نية الطرفين ، باعتبارها من خصائص العقد الادارى . وهذا ما أشارت اليه محكمة القضاء الادارى المصرية أكثر من مرة . ومن ذلك قولها فى حكمها الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧^(١) : « ... ومن هنا تختلف هذه النظرية (الظروف الطارئة) عن نظرية التوازن المالى للمقد من ناحية أن نظرية التوازن المالى للمقد تقوم على مقابلة الحق المعترف به لجهة الادارة فى تعديل العقد الادارى للمصلحة العامة باصلاح ما يحدث للعقد الذى هو طرف فيه ... » .

الفرع الثانى

كيفية تحديد التعويض ومداه

١ - يجب على الادارة أن تموض المتعاقدا تعويضا كاملا (indemnisation intégrale) إذا ما ثبت أن العمل الضار من قبيل « عمل الأمير » . والتعويض الكامل يشمل المنصرين الأساسيين لكل تعويض وهما : ما يلحق المتعاقدا من خسارة (Le damnum emergens) بسبب عمل الأمير ، كالتنفقات الاضافية نتيجة فرق السعر ، أو الرسوم الجديدة . . الخ والمنصر الثانى هو ما فاته من كسب (Lucrum cessans) ويشمل المبالغ المعقولة التى كان من حق المتعاقدا أن يمول عليها لو لم يختل توازن العقد نتيجة لعمل الأمير .

(١) سبقت الاشارة اليه أكثر من مرة .

وقد تولت محكمة القضاء الإدارى إبراز هذا المبدأ فى حكمها الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (وقد سبقت الإشارة اليه) حيث تقول : « ان القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالى للعقد ٠٠٠ أنه اذا لم يكن مقداره متفقا عليه فى العقد ، فان جهة الادارة لاتملك أن تستقل بتقديره ، بل يقدره قاضى العقد اعتبارا بأنه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة ، وأن كل ما هو غير متوقع يعتبر خارجا عن نطاق العقد، فلا تطبق عليه شروطه . ولتعبير «عدم التوقع» فى هذه الخصوصية معنى خاص بها هو أن التكاليف الزائدة التى تلقى على عاتق المتعاقد تعتبر غير متوقعة ، ما دام أنها ليست جزءا من الاتفاق . بمعنى أنه لا يقابلها فى شروط العقد أى تقدير . والمحكمة انما تقدر هذا التعويض طبقا للقواعد المقررة فى القانون الإدارى فى هذا الشأن وهو يشمل عنصرين : الأول ما لحق المتعاقد من خسارة . ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التى أنفقها المتعاقد . وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التمديل ونتائجه ، ومثال ذلك ما اذا طلبت الادارة سرعة انجاز الأعمال ، فان ذلك قد يؤدى الى زيادة التكاليف على المتعاقد بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة فى أجور الايدى العاملة . كما أنه من الجائز ان يترتب على تعديل العقد أثناء تنفيذه خسائر متنوعة ، وفى هذه الحالة يجب تقدير هذه الخسارة ما دامت علاقة السببية قائمة بينها وبين الاجراء الذى طلبت جهة الادارة من المتعاقد معها اتخاذه . والثانى : ما فات المتعاقد مع الادارة من كسب اعتبارا بأن من حقه أن يعموض عن ربحه الحلال عن عمله ورأس ماله . وبذلك يتميز التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة والطارئ غير المتوقع فى أن الأول تعويض شامل وغير جزئى كما هو الشأن فى التعويض الثانى ٠٠ » .

٢ - ولكن الملاحظ أن مجلس الدولة الفرنسى يخرج أحيانا على مبدأ التعويض الشامل فى بعض الصور ، لأسباب مختلفة . ومما لاحظته الفقهاء فى هذا الصدد :

(١) أن مجلس الدولة الفرنسي - وفقا لقضاء مستقر في هذا الصدد - يهمل عنصر الكسب المتخلف في بعض الصور ، كما هو الشأن في حالة انتهاء الادارة لبعض العقود نتيجة لظروف الحرب أو بسبب وقف القتال . فهنا يكتفى المجلس بتعويض الأضرار الفعلية المترتبة على فسخ العقود دون اعتبار للأرباح التي كان من شأن المتعاقد أن يحققها لو لم يتم الفسخ^(١) .

(ب) ولا يحكم مجلس الدولة الفرنسي بتعويض كامل للمتعاقد اذا كان قد ساهم بخطئه في احداث بعض الاضرار المترتبة على عمل الأمير ، أو ساعد على زيادة تلك الأضرار . فحينئذ يستنزل المجلس من التعويض المقدار المناسب لحمل المتعاقد . وهذه الحالة - كما هو واضح - مجرد تطبيق للقواعد العامة^(٢) .

(ج) هل يمكن للادارة أن تضمن المقد شرطاً يتضمن عدم مسؤوليتها قبل المتعاقد ؟ لا يتصور من الناحية العملية أن يقبل متعاقد مثل هذا الشرط فيعرض نفسه لمخاطر لا حد لها . ولكن اذا حدث ذلك عملاً فيجب في هذه الحالة أن نميز بين حالتين :

الأولى : حالة الاعفاء المطلق من المسؤولية : ويجمع الفقه الإداري على عدم مشروعية مثل هذا الشرط . (invalidité des clauses d'irresponsabilité)^(٣) وهذا ما أعلنته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ (وقد سبقت الإشارة اليه) حيث

(١) راجع على سبيل المثال حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٣ يناير سنة ١٩٥٢ في قضية «Secr. d'Etat C. Chambouvet» المجموعة ص ٥٠ . ويتعلق بانتهاء الادارة لمقد من عقودها بسبب غزو الألمان لجنوب فرنسا ، وتسريح الجيش الفرنسي .

(٢) حكم المجلس الصادر في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٧٤ في قضية «Tanti» وقد سبقت الإشارة اليها .

(٣) جيز ، مطول في العقود ، الجزء الثالث ، ص ١١٠٤ حيث يقول : «Serait nulle d'ordre public une clause générale d'irresponsabilité de l'administration pour les fautes qu'elle pourrait commettre».

وبنفس المعنى بحث الأستاذ بيكيو ، الملزمة رقم ٥١٥ فقرة ٨٤ ، ومطول دي لوبادير في العقود ، الجزء الثاني ، ص ٧٦ .

تقول « من المقرر فى العقود الادارية أن جهة الادارة لا تملك أن تضع فيها نصا عاما بعدم مسئوليتها يعفيها من الالتزام بتعويض الضرر الحادث للمتعاقد معها ، لأن ذلك يتعارض مع المبادئ المقررة فى القانون الادارى من ثبوت حق المتعاقد مع الادارة فى التعويض طبقا للنظريات السائدة فى نظام العقود الادارية ومنها حقه فى التوازن المالى للعقد » . وتطبيقا لهذه القاعدة ، لا يمكن للادارة أن تضمن عقودها شرطا عاما يقضى باعفائها من جميع الأضرار المترتبة على أعمال الأمير^(١) .

والثانية - شرط الاعفاء الذى ينصب على اجراء معين : وهذا الشرط مشروع ، فاذا توقع المتعاقدان اجراء معينه من الاجراءات السابقة ، كفرض ضريبة معينة ، أو زيادة سعرها ٠٠٠ الخ ونصا على تحمل المتعاقد لما يترتب عليها من آثار ، فإن مثل هذا النص مشروع ، ويجرى مجلس الدولة الفرنسى على التشدد فى تفسير مثل هذه الشروط المشروعة^(٢) .

٣ - أما تقدير التعويض على الأسس السابقة فيتم وفقا للقواعد العامة المقررة فى هذا الصدد وذلك ما لم ينص المشرع نفسه على كيفية التعويض أو يفصلها العقد ، وهو الأمر الغالب فى الوقت الحاضر .

وأحيانا يكون الأمر فى غاية من اليسر ، وذلك بالنسبة الى الأعباء التى تترتب على فرض رسوم جديدة أو زيادة الرسوم القديمة ، إذ يجرى المجلس فى هذه الحالات على الحكم للمتعاقد بالفرق بين سعر الضريبة القديم والجديد .

(١) وراجع أيضا حكمها الصادر فى ١٤ أبريل سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٣٦) حيث تؤكد المحكمة عدم شرمية الشرط الذى تضمنه الادارة عقودها الخاص بحرمات المتعاقد من حق التمسك بالقوة القاهرة أو الظروف الطارئة ، لأن ذلك يتنافى مع طبيعة العقود الادارية .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٦ يناير ١٩٢٤ فى قضية «Pigot» المجموعة ص ٥٣ وفى ١٧ مارس سنة ١٩٢٢ فى قضية «Maurice» المجموعة ص ٣٤٠ .

المبحث الثاني

نظرية الظروف الطارئة

(Théorie de l'imprévision)

رأينا فيما سبق أن نظرية عمل الأمير ، انما قيل بها لمواجهة المخاطر التي يتعرض لها المتعاقد نتيجة سلطات الادارة الخطيرة . ومن ثم فانها تؤمن المتعاقد ضد الأخطار التي تتسبب فيها الادارة : اما نتيجة لتعديلها مباشرة في شروط العقد ، أو لأنها قد جمعت ظروف التنفيذ أشد قسوة وفقا للتفصيل السابق . ولكن ما العمل اذا تعرض المتعاقد لأضرار يرجع سببها الى ظروف ليست من صنع الادارة ؟ ! وما مصير تلك الأضرار التي يتحملها المتعاقد نتيجة فعل الادارة - أو السلطات العامة - في الحالات التي لا تتوافر فيها شروط تطبيق نظرية عمل الأمير ؟ ! هل يترك المتعاقد وشأنه ، ولو أدى الأمر الى أفلاسه ، وعجزه عن تنفيذ التزاماته ؟ !

تلك هي الاحتمالات التي من أجلها خلق مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الطارئة ، والتي نعرض لدراستها على النحو التالي :

أولا : نشأة النظرية والتعريف بها .

ثانيا : شروط تطبيق النظرية .

ثالثا : ما يرتب عليها من آثار .

المطلب الأول

نشأة نظرية الظروف الطارئة والتعريف بها

١ - الأصل في القواعد المدنية التقليدية ، ان العقد شريعة المتعاقدين . ولا يضمن أحد المتعاقدين من التزاماته قبل الطرف الآخر الا القوة القاهرة ، وهي الحادث غير المتوقع ، الذي لا يمكن دفعه ، والذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا . هذه القاعدة لم يمكن الأخذ بها على إطلاقها في مجال العقود الادارة لا سيما عقد الامتياز : فقد

أنشأ مجلس الدولة الفرنسى - بين الحالة العادية التى يستطيع فيها المتعاقد أن يفى بالتزامه ، وبين القوة القاهرة التى يستحيل فيها تنفيذ الالتزام اطلاقا - مركزا وسطا ، يستطيع فيه الملتزم أن يفى بالتزامه ، لأن الوفاء بهذا الالتزام ممكن فى ذاته ، ولكن يناله منه ارهاق مالى شديد ، وذلك على النحو الآتى :

عقب نشوب الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار الفحم ارتفاعا فاحشا ، لدرجة أن وجدت شركة الاضاءة لمدينة بوردو أن الأسعار التى تتقاضاها أبعد كثيرا من أن تغطى نفقات الادارة . ولهذا تقدمت الشركة للسلطة مانعة الالتزام طالبة رفع تلك الأسعار . ولكن تلك السلطة رفضت ، وتمسكت بتنفيذ عقد الالتزام ، بناء على أن العقد شريعة المتعاقدين ، وأن تنفيذ التزام الشركة لم يصبح مستحيلا ، لأن الفحم ، ولو أن أسعاره قد ارتفعت ، فانه موجود . وانتهى المطاف بالشركة والسلطات الادارية الى مجلس الدولة ، فاذا به يقرر مبدأ جديدا مستمدا من قاعدة دوام سير المرافق العامة : مقتضاه ، أنه اذا جدت ظروف لم تكن فى الحسبان ، وكان من شأنها أن تزيد الأعباء الملقة على عاتق الملتزم الى حد الاخلال بتوازن العقد اخلالا جسيما فللملتزم الحق فى أن يطلب من الادارة - ولو مؤقتا - المساهمة الى حد ما فى الخسائر التى تلحق به^(١) .

٢ - وبالرغم من الخطوة التى يجرى عليها مجلس الدولة الفرنسى من صياغة أحكامه فى صورة مختزلة للغاية ، فانه فى قضية غاز بوردو السابقة ، قد التزم خطوة مغايرة ، وصاغ حكمه فى صورة مفصلة ، ضمنها معظم الأحكام الرئيسية والتفصيلية التى تقوم عليها أحكام نظرية الظروف الطارئة ، بحيث يمكن اعتبار هذا الحكم الرئيسى دستور النظرية . ولهذا فاننا نقتبس منه هذه الفقرة

(١) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٣٠ مارس سنة ١٩١٦ فى قضية :

Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux Rec. P. 125 conc. Chardent. D. 1916. 3. 25. S. 1916. 3. 17. (note Hourion).

المطولة - وفقا للخطة التي جرينا عليها بالنسبة لأحكام مجلس الدولة
المصرى - حتى يرجع اليها من شاء التوسع^(١) .

وإذا كانت المبادئ التي تضمنها حكم غاز بوردو ما تزال تحتفظ
بقيمتها ، فإن مجلس الدولة الفرنسى قد أدخل عليها بعض التعديلات
من ناحيتين :

(٢)

«Considérant qu'en principe le contrat de concession règle d'une façon

définitive, jusqu'à son expiration, les obligations respectives du concessionnaire et du concédant; que le concessionnaire est tenu d'exécuter le service prévu dans les conditions précisées au traité, et se trouve rémunéré par la perception, sur les usagers, des taxes qui y sont stipulées, que la variation des prix des matières premières, a raison des circonstances économiques constitue un aléa du marché, qui peut, suivant les cas, être favorable ou défavorable au concessionnaire, et demeure à ses risques et périls chaque partie étant réputée avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs et prévisions qu'elle a fait avant de s'engager. Mais considérant que, par suite de l'occupation par l'ennemi de plus grande partie des régions productrices de charbon dans l'Europe continentale, de la difficulté de plus en plus considérable des transports par mer, à raison tant de la réquisition des navires que du caractère et de la guerre maritime, la hausse survenue au cours de la guerre actuelle dans le prix du charbon qui est la matière première de la fabrication du gaz, s'est trouvée atteindre une proportion telle que, non seulement elle a un caractère exceptionnel, dans le sens habituellement donné à ce terme mais qu'elle entraîne dans le coût de la fabrication du gaz une augmentation qui, déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat de concession; que par suite du concours des circonstances ci-dessus indiquées, l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée que la compagnie est donc fondée à contester qu'elle ne peut être tenue d'assurer aux seules conditions prévues à l'origine, le fonctionnement du service tant que durera la situation anormale ci-dessus rappelée. — Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, si c'est à tort que la compagnie prétend ne pouvoir être tenue de supporter aucune augmentation du prix du charbon au delà de 28 francs la tonne, ce chiffre ayant, d'après elle été envisagé comme correspondant au pris maximum du gaz prévu au marché, il serait tout à fait excessif d'admettre qu'il y a lieu à

l'application pure et simple du cahier des charges comme si l'on se trouvait en présence d'un aléa ordinaire de l'entreprise; qu'il importe au contraire de rechercher pour mettre fin à des difficultés temporaires, une solution qui tienne compte, tout à la fois de l'intérêt général lequel exige la continuation du service par la compagnie à l'aide de tous les moyens de production et des conditions spéciales qui ne permettent pas au contrat de recevoir son application normale, qu'à cet effet il convient de décider d'une part que la compagnie est tenue d'assurer le service concédé et d'autre part qu'elle doit supporter, seulement au cours de cette période transitoire la part des conséquences onéreuses de la situation de force majeure ci-dessus rappelée, que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à sa charge, qu'il y a lieu en conséquence en annulant l'arrêté attaqué de renvoyer les parties devant le conseil de préfecture, auquel il appartiendra si elle ne parviennent pas à se mettre d'accord sur les conditions spéciales la compagnie pourra continuer le service, de terminer en tenant compte de tous les faits de la cause, le montant de l'indemnité à laquelle la compagnie a droit à raison des circonstances extracontractuelles dans lesquelles elle aura dû assurer le service pendant la période envisagée ... La compagnie générale d'éclairage de Bordeaux et de la ville Bordeaux sont renvoyées devant le conseil de préfecture pour être procédé si elles ne s'entendent pas amiablement sur les conditions spéciales auxquelles la compagnie continuera son service, à la fixation de l'indemnité laquelle la compagnie a droit à raison des circonstances extracontractuelles dans lesquelles elle aura dû assurer le service concédé».

الأولى : من حيث نهاية الظروف الطارئة . وكان ذلك فى قضية ترام شربورج التى سنعرض لها فيما بعد .

والثانية : وهى الأهم ، وتتعلق بمصدر الفعل الذى يتحقق به الظرف الطارئ . فقد كان المسلم به حتى عهد قريب ، أن هذا الفعل يجب أن يكون بعيدا عن الادارة . أما الآن فإن مجلس الدولة الفرنسى - كما سنرى - قد وسع من نطاق الظروف الطارئة بحيث شملت الأفعال التى تصدر من السلطات الادارية ، ومرجع ذلك كما ذكرنا الى سياسة الاقتصاد الموجه التى تمارسها معظم الدول فى الوقت الحاضر .

٣ - وقد راعى مجلس الدولة الفرنسى ، وهو يقرر تلك النظرية ، أنه لو طبق القواعد المدنية على اطلاقها ، لترتب على ذلك حتما توقف الملتزم فى نهاية الأمر ، لمعجزه عن ادارة المرفق بسبب زيادة التكاليف عن الدخل زيادة باهظة . ولو تم ذلك لكان المنتفعون هم أول من يضار لتوقف المرفق عن أداء الخدمات التى عولوا عليها فى ترتيب أمور حياتهم . ومن ثم فإن نظرية الظروف الطارئة ذات علاقة مباشرة بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة .

٤ - أما فى مصر ، فقد سبق أن ذكرنا أن القضاء الوطنى والمختلط قد رفض الأخذ بنظرية الظروف الطارئة كما صاغها مجلس الدولة الفرنسى حتى وقت قريب . وقد بذلت محكمة الاستئناف الوطنية بتاريخ ١٩ أبريل سنة ١٩٣١ محاولة للأخذ بنظرية الظروف الطارئة . ولكن محكمة النقض رفضت أن تسايرها ، ونقضت حكمها السالف ، بحكم صادر فى ١٤ يناير سنة ١٩٣٢^(١) . أما الفقه فقد كان الى جانب الأخذ بهذه النظرية .

وظل الحال على ذلك حتى صدور القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الذى قرر فى مادته السادسة أنه « اذا طرأت ظروف لم يكن من

(١) مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة النقض ج ١ ص ٥٢ .

المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها ، وأفضت الى
الاخلال بالتوازن المالى للالتزام ، أو الى تعديل كيانه الاقتصادى كما
كان مقدرا وقت منح الالتزام ، جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم
الأسمار واذا اقتضى الحال ، أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام
وقواعد استغلاله ، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر فى استغلاله
أو لخفض الأرباح الباهظة الى القدر المقبول » • وبهذا النص « لم
المشرع بتطبيق نظرية الظروف الطارئة بالنسبة الى عقد الالتزام •

وأخيرا جاء القانون المدنى المصرى الجديد ، لينقل النظرية الى
مجال عقود القانون الخاص • فالمادة ١٤٧ منه تقرر :

١ - العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه أو تعديله ،
الا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون •

٢ - ومع ذلك اذا طرأت حوادث استثنائية عامة ، لم يكن فى
الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفذ الالتزام التعاقدى ،
وأن لم يصبح مستحيلا ، جاء مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسائر
فادحة ، جاز للقاضى تبعا للظروف ، بعد الموازنة بين مصلحة
الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المسمول ، ويقع باطلا كل
اتفاق يخاله ذلك • »

بهذا النص أصبحت نظرية الظروف الطارئة مقررة فى مصر
بنص تشريعى ، لا بالنسبة الى العقود الادارية فحسب ، ولكن بالنسبة
الى العقود المدنية أيضا • وهكذا « بقيت مصر فى هذا المجال ، التشريع
الفرنسى المدنى ، والذى ما زال يطبق القواعد المدنية التقليدية •
غير ان الأساس الذى بنيت عليه نظرية الظروف الطارئة فى العقود
الادارية - وهو قاعدة استمرار سير المرافق العامة فى أداء خدماتها
للجمهور - غير متصور فى العقود المدنية البحتة ، التى لا يقصد
من ورائها الا تحقيق مصالح خاصة • ولهذا الخلاف صدها فيما يتعلق
بأحكام النظرية فى كل من المجالين كما سنرى فيما بعد •

٥ - على أن مجلس الدولة المصرى قد سلم بالنظرية منذ أن أختص بالنظر فى العقود الادارية ، على أساس أنها من الأحكام الرئيسية التى تقوم عليها فكرة العقد الادارى . ومن ثم فقد اعتبرت محكمة القضاء الادارى المصرية أن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ - فى شأن نظام المرافق العامة التى تدار عن طريق الامتياز - كاشف ومنظم لما ورد به من أحكام ، وأنه مجرد تقنين لاحكام العقود الادارية فى خصوص عقد الامتياز .

وبعكس نظرية عمل الأمير - التى سلم بها مجلس الدولة المصرى قضاء ورأيا من الناحية النظرية ، دون أن يطبق أحكامها الا فيما ندر ، فان نظرية الظروف الطارئة قد طبقت بكثرة على صعيد القضاء والرأى . ونكتفى بالأمثلة التالية :

أولا : من أحكام محكمة القضاء الادارى : حكمها المطول الصادر فى ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧ ، وفيه تولت تفصيل أحكام النظرية ، ومقارنتها بالنظريات المشابهة ، حيث تقول « ان القضاء الادارى قد خرج من نطاق تطبيق قاعدة القانون الخاص ، أن العقد شريعة المتعاقدين ، وأنه شريعة اتفاقية ، وأن العقد يلزم عاقيه بما يرد الاتفاق عليه متى وقع صحيحا ؛ خرج القضاء الادارى من نطاق تطبيق هذه القاعدة الى مبدأ الطوارئ غير المتوقعة أو الظروف الطارئة استجابة لحاجة ملحة تقتضيها العدالة ، وبما أدخله من مرونة على مبدأ قوة العقد الملزمة فى نطاق القانون الادارى ، وهو مبدأ لا يطبق فى العقود الادارية بنفس الجمود والاطلاق اللذين يطبق بهما فى العقود المدنية ، بل يطبق تطبيقا مرنا فى شأن كل من جهتى الادارة والمتعاقد معها تأميسا على أنه اذا كانت هذه المرونة تطبق لصالح جهة الادارة فى بعض الظروف لتحقيق المصلحة العامة ، فانه من الطبيعى أن تطبق تطبيقا مقابلا لصالح المتعاقد معها فى ظروف أخرى ... » وقد كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة أو الظروف الطارئة من ابتكار القضاء الادارى وأخذ يطبقها باطراد على جميع

المقود الادارية • وقد أقام الفقه والقضاء الادارى هذه النظرية الى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة منها • وإذا كان الطارئ غير المتوقع تنتظمه - كالقوة القاهرة - فكرة المفاجأة والحتم ، الا أنه يختلف عنها فى أثره فى تنفيذ الالتزام ، فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلا ، بل يجعله مرهقا يجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الاستحالة • ويستتبع ذلك قيام فارق آخر يتصل بالجزاء ، فالقوة القاهرة تفضى الى انقضاء الالتزام ، وعلى هذا النحو يتحمل الدائن تبعتها كاملة • أما الطارئ غير المتوقع فيترتب عليه مشاركة الدائن للمدين فى تبعته • كما أن نظرية الطوارئ غير المتوقعة ليست على وجه الاجمال الا بسطة فى نطاق نظرية الاستفلال أو الغبن الذى يقع لاحقا لانقضاء العقد • وهى أيضا تقيم ضربا من ضروب التوازن بين تنفيذ الالتزام التعاقدى تنفيذا عينيا وتنفيذه عن طريق التوىض ، كما أن تطبيقها يخرج بالقاضى من حدود المألوف فى رسالته فهو لا يقتصر على تفسير التعاقد بل يجاوز ذلك الى تعديله^(١) • هذا الى أن النظرية اذ تستند الى قواعد العدالة فان أساسها هو توضحية من الطرفين المتعاقدين وليس اخلام أيهما من التزامه بل يتحمل كل منهما شيئا من الخسارة لا أن يتحملها أحدهم •

ومفاد نظرية الطوارئ غير المتوقعة أو الظروف الطارئة حسبما وضع أصولها وقواعدها الفقه والقضاء الادارى ، أنه اذا حدث أثناء تنفيذ العقد الادارى أن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته ، واذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا بل أثقل عبئا وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول ، واذا كانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التى يحتملها أى متعاقد الى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية ، فان من حق المتعاقد

(١) يصدق هذا القول على النظرية فى نطاق القانون المدينى دون القانون الادارى ، كما سنرى وهو مقوة فى صياغة الحكم •

المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيموضه تمويزاً جزئياً وبذلك يضيف الى التزامات المتعاقد معه التزاماً جديداً لم يكن محل اتفاق بينهما * * ومن هنا تختلف هذه النظرية عن نظرية التوازن المالى للمقد من ناحية أن نظرية التوازن المالى للمقد تقوم على مقابلة الحق المعترف به لجهة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى للمصلحة العامة باصلاح ما يحدث للعقد الذى هو طرف فيه * أما فى نظرية الظروف الطارئة فانه بالرغم من أن الضرر الذى يقع يرجع الى سبب غريب عن جهة الإدارة^(١) - وغالباً ما يكون حادثاً أو ظرفاً اقتصادياً - فان العقد يظل قائماً وموجوداً كما هو * هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فان التمييز تأييداً على نظرية التوازن المالى للمقد يكون تمويزاً كاملاً عن جميع الأضرار التى تصيب المتعاقد * أما فى حالة الظروف الطارئة فانه يكون مقصوراً على معاونة ومساهمة فى مقدار الضرر *

ونظرية الظروف الطارئة تؤدى الى أن يفرض على الدائن التزام ينشأ من العقد الإدارى ويولده هذا العقد ويخلفه - وغالباً ما يكون الدائن هو جهة الإدارة - وهذا الالتزام هو أن يدفع الدائن للمدين تمويزاً لكفالة تنفيذ العقد تنفيذاً صحيحاً متى كان من شأن الظروف أو الأحداث غير المتوقعة أن تثقل كامل هذا المدين بخسارة يمكن اعتبارها قلباً لاقتصاديات العقد فانه يجب لاستحقاق المتعاقد مع جهة الإدارة هذا التمييز عن الأعباء الخارجة عن العقد توافر شروط ثلاثة هى : (أولاً) أن يكون الحادث أو الظروف أجنبياً عن المتعاقدين أى مستقلاً عن إرادتهما ولا دخل لهذه الإرادة فى وقوعه * (ثانياً) أن يكون الطرف أو الحادث مما لا يمكن توقعه عادة ولم يكن فى حساب المتعاقدين ونيتهم المشتركة عند إبرام العقد * ويقتضى هذا الشرط البحث فى عناصر ثلاثة : أولها ، طبيعة الحادث أو الطرف

(١) وهنا أيضاً أعمل الحكم المتطور الجديد فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى كما سنرى .

نفسه ، كان يكون مثلا من الأمور الاقتصادية كارتفاع الأجور وأثمان المواد الأولية . ثم أهمية الحادث أو الظرف الاستثنائي لأن التمويل لا يستحق الا اذا جاوز ارتفاع الأثمان أو الأجور الحد الذى يطبقه المتعاقد أو ما لا يستطيع مواجهته ويترتب عليه أعباء اضافية لا يستطيع احتمالها . والثالث عنصر الزمن أى تحديد الوقت الذى أبرم فيه العقد للتحقق مما اذا كان المتعاقدان يتوقعان فى هذا التاريخ أن ستقلب اقتصاديات العقد أم لا . (ثالثا) أن التمويل لا يستحق الا اذا انقلبت اقتصاديات العقد ، بمعنى أن يترتب على تنفيذ العقد خسارة تتجاوز فى فداحتها الخسارة العادية المألوفة التى يتحملها أى متعاقد أثناء التنفيذ . ولما كان التمويل الذى يدفع لا يشمل الخسارة كلها ولا يغطى الا جزءا من الاضرار التى تصيب المتعاقد ، فليس لهذا أن يطالب بالتمويل بدعى أن أرباحه نقصت أو لفوت كسب ، كما أنه يجب أن تكون الخسارة واضحة ومتميزة فلا تتقاص مع شئ فى العقد ، بمعنى أن يكون تقدير قلب اقتصاديات العقد قائما على أنه يدخل فى الحساب جميع عناصر العقد التى تؤثر فى اقتصادياته ، فيعتبر العقد فى ذلك وحدة ويفحص فى مجموعه لا أن ينظر الى أحد عناصره فقط بل يكون ذلك بمراجعة جميع العناصر التى يتألف منها اذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزيا ويموض عن العناصر التى تستتبع الخسارة . ومن ثم فان انقلاب اقتصاديات العقد مسألة لا تظهر ولا يمكن التحقق من وجودها الا من المستخلصات النهائية وعند عمل الحساب النهائى وهو لا يكون الا بعد انجاز الأعمال ، وبذلك يمكن تحديد التمويل وطلبه على أساس نظرية الظروف الطارئة »^(١) .

ثانيا : من أحكام المحكمة الادارية العليا :

(١) حكمها الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ (د س ١٣ ، ص ٨٧٤) حيث تقول : « ومن حيث ان تطبيق نظرية الحوادث الطارئة فى

(١) وراجع من أحكامها الأخرى حكمها الصادر فى ١٤ يوليو سنة ١٩٦٠ السنة ١٤ ص ٩٤ ، وحكمها الصادر فى ١٤ أبريل سنة ١٩٦٠ ، السنة ١٤ ص ٣٦ .

الفقه والقضاء الإداري رهين بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث طبيعية كانت أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر ، لم تكن في حسابان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعا ، ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة يختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما . ومؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخسارة التي أحاقّت به طوال فترة قيام الطرف الطارئ ، وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الإداري ، واستدامة لسير المرفق العام الذي يخدمه ، ويقتصر دور القاضي الإداري على الحكم بالتمويض دون أن يكون له تعديل الالتزامات التعاقدية » وفي هذه الفقرة المركزة ، لخصت المحكمة الإدارية العليا أحكام نظرية الظروف الطارئة أجمل تركيز .

وباعمال هذه المبادئ على وقائع القضية قالت المحكمة : « واذ قامت محافظة القاهرة بتسيير لنشات للنزهة في النيل من القاهرة الى حلوان والحوامدية ومركز الصف في نطاق الخط الملاحي المذكور ، فان ذلك يعد حادثا طارئا لم يكن في حسابان المدعى عند التعاقد ، ولا يملك له دفعا ، ومن شأن هذا الحادث أن يقلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب . » وقضت المحكمة بتمويضه جزئيا بما يمكنه من الاستمرار في التنفيذ .

(ب) حكمها الصادر في ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ (س ١٧ ، ص ٥٧٦) في ظروف تتخلص فيما يلي : استأجر متعاقد سوق طنطا العمومي في مقابل مبلغ يدفع على أقساط سنوية . وحدث أن توقف عن الدفع ابتداء من شهر يونية ١٩٦١ الى آخر أغسطس من ذات العام بحجة أن وباء دودة القطن الذي استشرى في ذلك العام ، منع الفلاحين من ارتياد السوق ، فالحق به ضررا جسيما ، وطلب خصم الأقساط المستحقة من التأمين المودع لدى جهة الإدارة . فرفضت كل من محكمة القضاء الإداري ، والمحكمة الإدارية العليا اجابته الى

طلبه . وأثيرت فى القضية دفعو كثرية يعنينا منها دفع يتعلق بالطرف الطارئ . وفى هذا الحكم الحديث أيضا حرصت المحكمة الادارية العليا على أن تلتقى بعض الأضواء الجديدة على النظرية فقالت : « ومن حيث ان نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التى هى قسوام القانون الادارى ، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة ، فرائد جهة الادارة هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام ، وحسن اداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة انجازها . كما أن هدف التعاقد مع الادارة ، هو المعاونة فى سبيل المصلحة العامة ، وذلك بأن يؤدى التزامه بأمانة وكفاية لقاء ربح مجز ، وأجر عادل ، وهذا يقتضى من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات ، وما يعصده من عقبات . فمفاد نظرية الظروف الطارئة أنه اذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الادارى ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند ابرام العقد ، فقلبت اقتصادياته ، واذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا ، بل أثقل عبئا ، وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المقول ، وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التى يحتملها أى متعاقد ، الى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية ، فان من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته فى هذه الخسارة التى تحملها فيموضه عنها جزئيا ولما كان التعويض الذى يدفع طبقا لهذه النظرية لا يشمل الخسارة كلها ، ولا يغطى الا جزءا من الأضرار التى تصيب المتعاقد ، فليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه ، كما أنه يجب أن تكون الخسارة متميزة » .

وفى موضوع النزاع قررت المحكمة أن كارثة دودة القطن يمكن أن تعتبر من الظروف الطارئة ، ولكن هذا وحده لا يكفى بل لابد من

توافر شروط النظرية الأخرى ، وسوف نعود الى هذه النقطة فيما بعد^(١) .

(ج) ومن أحدث أحكامها فى هذا المجال حكمها الصادر فى ١٦ مايو سنة ١٩٨٧ (الطعن رقم ٣٥٦٢ لسنة ٢٩ قضائية) وفيه تقرر « يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الادارى حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو ظروف من عمل جهة ادارية غير المتعاقدة أو ظروف من عمل انسان آخر ، لم يكن فى حسابان المتعاقد عند ابرام العقد توقعها ولا يملك لها دفعا . ويشترط فى هذه الظروف أن يكون من شأنها انزال خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما . متى توافرت هذه الشروط أصبحت جهة الادارة المتعاقدة ملزمة بمشاركة المتعاقد معها فى تحمل نصيب من خسائره ضمانا لتنفيذ العقد على النحو الذى يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد . وفى تقدير مدى الاختلال الحادث فى العقد بسبب الظروف الطارئى يتمين الأخذ فى الاعتبار بجميع عناصره المؤثرة فى اقتصادياته وفيها كامل قيمة العقد ومدته ، فيفحص فى مجموعه كوحدة واحدة دون الوقوف عند أحد عناصره أو العناصر الخاسرة . ومؤدى ذلك أن التعميـض الذى تلـتزم به جهة الادارة لا يستهدف تغطية الربح الضائع أيا كان مقداره أو الخسائر المادية المألوفة فى التعامل ، وانما أساسه تحمل جهة الادارة المتعاقدة لجزء من خسارة حقيقية وفادحة تندرج فى معنى الخسارة الجسيمة ، بغرض اعادة التوازن المالى للمقد بين طرفيه » .

ومن أحكامها الحديثة الأخرى فى هذا المجال ، حكمها الصادر

(١) وراجع من فتاوى المجلس فى ذات الموضوع فتوى الجمعية العمومية فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٦٤ (س ١٩ ، ص ٥١) حيث اعتبرت أن حرب سنة ١٩٥٦ تعتبر ظرفا طارئا . ولكن الفتوى رفضت التعميـض على أساس أن الضرر الذى حاق بالشركة لا تتوافر فيه الشروط التى تبرر منح التعميـض الجزئى .

فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٨٥ (الطعن رقم ٢٥٤١ لسنة ٢٩) وفيه تجمل شروط تطبيق النظرية (التى أطلقت عليها تسمية نظرية الطوارئ أو الحوادث) فيما يلى :

أولا : أن تظهر خلال تنفيذ العقد الادارى حوادث أو ظروف استثنائية طبيعية أو اقتصادية أو ادارية .

ثانيا : ألا يكون فى وسع المتعاقد توقع هذه الظروف عند ابرام العقد ، ولا يملك عند التنفيذ دفعها .

ثالثا : أن تصيب هذه الظروف المتعاقد بخسائر فادحة تجاوز الخسائر العادية التى يمكن احتمالها على نحو تختل معه اقتصاديات العقد اختلالا جسيما .

وأكدت المحكمة أنه اذا تحققت هذه الشروط ، فعلى المتعاقد أن يستمر فى تنفيذ العقد ، وله أن يدعو الادارة لمشاركته فى تحمل جزء من الخسارة . وله اذا رفضت أن يلجأ الى القضاء ، ويقتصر دور القاضى فى هذه الحالة على الزام الادارة بالتمويض المناسب .

المطلب الثانى

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

لقد أشارت كل من محكمة القضاء الادارى والمحكمة الادارية العليا فى الأحكام التى سبق ايرادها الى الشروط العامة التى يجب توافرها لكى تطبق نظرية الظروف الطارئة . وبالرجوع الى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، نجد أن الظرف الطارئ يجب أن تتوافر فيه شروط تتعلق بالنواحى الآتية :

- ١ - طبيعة الظرف الطارئ .
- ٢ - كونه غير متوقع ولا يمكن دفعه .
- ٣ - كونه خارجا عن ارادة المتعاقد .

٤ - وقت وقوعه •

٥ - أثره على المقد •

وفيما يلي ندرس تلك الشروط على التوالي :

١ - § طبيعة الظرف الطارئ

١ - ذهب الرأى التقليدى فى أول الأمر الى أن الظرف الطارئ الذى حملت هذه النظرية اسمه يجب أن يكون اقتصاديا ، تأسيسا على أن هذه النظرية انما قصد بها حماية المتعاقد ضد المخاطر الاقتصادية «aléa économiques» وتمييزا لنظرية الظروف الطارئة عن النظريتين الأخريين ، ونعنى بهما نظرية عمل الأمير ، والتي تحمى المتعاقد فى مواجهة المخاطر الادارية «Aléa administratif» ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والتي يلجأ اليها المتعاقد لمواجهة المخاطر الطبيعية «Aléa naturel» كما سنرى فيما بعد •

وهذا التقسيم الثلاثى صحيح فى خطوطه العامة ، ولكنه تقسيم نسبى ، نظرا لتدخل الدولة فى ظروف الانتاج مما أدى الى تداخل تلك الصور الثلاث •

٢ - واذا كان صحيحا أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يقتضى اختلالا جسيما فى اقتصاديات المقد كما سنرى ، فان هذا الاختلال قد يرجع الى أسباب متعددة ، اقتصادية أو طبيعية أو من فعل الادارة • الخ • وهنا تتداخل النظريات الشقيقتان الثلاث : ونعنى بها نظريات عمل الأمير ، والظروف الطارئة ، والصعوبات المادية غير المتوقعة كما سنرى عند المقارنة بينها فيما بعد •

٣ - وكل ما يمكن توكيده أن نطاق الظرف الطارئ متسع جدا ، فى الوقت الحاضر • فقد يكون أرقا طبيعيا كالزلازل والفيضانات ، وقد يكون اقتصاديا كارتفاع الأجور أو الاسعار ارتفاعا فاحشا • وقد يكون من عمل جهة ادارية غير جهة الادارة المتعاقدة • وهو (٢٣ م - العقود الادارية)

التوسع الأخير الذى أضفاه مجلس الدولة الفرنسى على النظرية كما ذكرنا وكما سنرى فيما بعد . وبالرجوع الى أحكام مجلس الدولة الفرنسى والمصرى نجد أنه أقر نظرية الظروف الطارئة فى الحالات الآتية :

أولا : بالنسبة الى الاجراءات العامة «Les mesures à portée générales»
كالقوانين واللوائح التى تؤدى الى قلب اقتصاديات المقدر رأسا على عقب . ومثال ذلك صدور قوانين اجتماعية يترتب عليها ارتفاع الأجور أو الاسعار ارتفاعا فاحشا^(١) . أو فرض ضرائب جديدة أو زيادة فئات الضرائب الموجودة بدرجة تخل اخلايا كبيرا باقتصاديات المقدر^(٢) . ومنها أيضا أن تصدر تشريعات تتعلق بالنقد كتخفيض العملة أو فرض قيود على تداولها . الخ^(٣) ، أو تتصل بتنفيذ سياسة الاقتصاد الموجه ، كصدور قرارات عامة تقضى بتثبيت الأسعار «blocage des prix»^(٤) .

ولقد أقر مجلس الدولة المصرى المبادئ السابقة . ومن أحكامه وفتاويه فى هذا الخصوص :

(١) فتوى قسم الرأى مجتمعا والصادرة فى ١٧ يوليو سنة ١٩٥٤ (وقد سبقت الإشارة اليها) حيث يقول المجلس : « يعتبر قرار مجلس الوزراء الصادر بتخفيض قيمة الجنية المصرى بالنسبة الى الدولار حادثا استثنائيا عاما فى حكم المادة ١٤٧/٢ من القانون المدنى ، اذ لم يكن فى وسع المتعاقدين توقعه حين ابرام المقدر . ومع التسليم

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٠ مارس سنة ١٩٤٨ فى قضية (Hospice de Vienne) منشور فى مجموعة (actual. jur.) سنة ١٩٤٨ ص ٢٣١ وفى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٣ فى قضية (Charuit et Collet) مجموعة (actual. jur. fevrier 1954. II, 66)

(٢) حكمه فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٤٦ فى قضية «Etabl. Bisonard» المجموعة ص ٤٣٢ وفى ١٧ يوليو سنة ١٩٥٠ فى قضية «Chouard» المجموعة ص ٤٤٤ .

(٣) حكمه فى ١٠ فبراير سنة ١٩٤٣ فى قضية «Auran» المجموعة ، ص ٣٦ وفى ١٦ يوليو سنة ١٩٤٣ فى قضية «Abd el-Memih» المجموعة ص ١٩٣ .

(٤) حكمه فى ٤ مايو سنة ١٩٤٩ فى قضية «Ville de Toulon» .

المبدل بأنه كان مفروضاً على المتمهد أن يتوقع التجاء الحكومة الى خفض قيمة العملة المصرية ، فان مدى هذا التخفيض لم يكن من المستطاع التكهّن به . ومن ثم فانه يحتمل أن تكون نتائج هذا الاجراء ومدى تأثيره فى التوازن المالى للمعد قد تجاوزت ما كان مفروضاً أن يتوقعه المتمهد حين المقد . وفى الحالين ان كانت خسارة المتمهد من هذا الاجراء قد جملت تنفيذ التزامه أمراً مرهقاً مهدداً له بخسارة فادحة ، كان على الطرف الآخر أن يشاركه فى تلك الخسارة بالقدر الذى يحد منها ويردها الى القدر المعقول ، بمعنى أن الخسارة المتوقعة يتحملها المتمهد . أما الخسارة غير المتوقعة فيشاركه فيها الطرف الآخر بالقدر الذى يخفف من فداحتها . أما تقدير كون خسائر المتمهد قد فاقت ما كان مفروضاً أن يتوقعه أم لا فامر متروك بحثه على ضوء ما تبين من عناصر التقدير .

وفى فتوى الجمعية العمومية الصادرة فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٦٤ (سبقت) قررت أن ارتفاع الأسعار نتيجة لارتفاع الرسوم ، يعتبر ظرفاً طارئاً .

(ب) كما أن محكمة القضاء الادارى أقرت المبدأ - وان رفضت تطبيق النظرية - فى حكمها الصادر فى ٥ مايو سنة ١٩٥٣ (س ٧ ، ص ١٠٤٧) فقد قررت المحكمة أن صدور أمر عسكري بفرض اعانة غلام معيشة للمال أثناء الحرب بنسبة معقولة « لا تخرج عن حد المعقول وتدخل ضمن حسن تقدير المفاوض المحرص الذى يزن الأمور ويقدر نتائجها ، ومن ثم فانها لا تعتبر من قبيل الظروف الطارئة » فرفض تطبيق النظرية فى هذه الحالة يرجع الى شرط آخر غير الذى نعرض له فى هذا المقام .

ثانياً : بالنسبة الى الاجراءات الخاصة «mesures particulières» والأعمال المادية «Les actes matériels» والظواهر الطبيعية «Les phénomènes naturels» : وتطبيقات النظرية هنا كثيرة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، كصدور أوامر بنقل أعمدة الكهرباء لاعتبارات السلامة العامة اذا ترتب على ذلك اخلال باقتصاديات المقد ولم

تطبيق نظرية عمل الأمير^(١) . ومنها أيضا حالة ترحيل الادارة لبعض المساجين من بعض السجون أو نقل بعض الجنود من منطقة الى أخرى اذا أدى ذلك الى قلب اقتصاديات المقعد^(٢) .

كما أن تدخل الادارة في السوق مشترية ، لتنفيذ مشروعات عامة في أماكن مجاورة للأعمال محل التعاقد ، اذا لم يؤد الى تطبيق نظرية عمل الأمير كما رأينا فانه قد يسمح بتطبيق نظرية الظروف الطارئة^(٣) . والفيضانات تؤدي الى تطبيق النظرية^(٤) .

وقد سلمت محكمة القضاء الادارى المصرية بأنه « لا شبهة في أن قيام الحرب يعتبر من الحوادث الاستثنائية العامة الخارجية التي لم يكن في الوسع توقعها ، والتي يترتب عليها أنه اذا أصبح تنفيذ الالتزام أشد أرهاقا وأكبر كلفة كان للمتعاقد مع الادارة مطالبتها بالمساهمة معه في تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الأعباء الناشئة عن تلك الظروف ، وذلك بتعويضه جزئيا عن الخسارة الواضحة المحققة التي لحقت ، يستوى في ذلك أن تكون المطالبة بهذا التعويض أثناء سريان العقد أو بعد انتهاء مدته ما دام المتعاقد مع الادارة لم يتوقف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية . والأساس في ذلك لنظرية الظروف الطارئة . » (حكمها المطول في ٣٠ يونية سنة ١٩٥٧) .

ومن ذلك أيضا حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ٩ يونية سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ١٠٢٤) حيث تقرر « أن ارتفاع أسعار

(١) حكم المجلس في ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٤ في قضية «Ste. L'Energie électrique» مجلة القانون العام سنة ١٩٤٦ ص ٣١٥ مع تقرير المفوض «Detton» وفي ٢ مارس سنة ١٩٤٩ في قضية «Min. T. P. contre E. D. F» مجموعة دالوز سنة ١٩٥٣ ص ٣٠٩ .

(٢) حكم المجلس الصادر في ١٤ يناير سنة ١٩٢٠ في قضية «Galby» المجموعة ص ٢٥ .

(٣) حكم المجلس في ١١ ديسمبر سنة ١٩١٨ في قضية «Jese de Cunha» المجموعة ص ١١١٧ .

(٤) حكم المجلس الصادر في ٢١ أبريل سنة ١٩٤٤ في قضية «Cie française des câbles télégraphiques» المجموعة ص ١١٩ .

الزئيق لا يعتبر قوة قاهرة مانعة من تنفيذ التعهد بالتوريد ، لكنه يعتبر ظرفا طارئا لم يكن في الحسبان عند التعاقد . وقد ترتب عليه زيادة أعباء الشركة بتحملها خسائر فادحة الى حد الاخلال بتوازن العقد اخلالا جسيما »

ولقد أوردنا فيما سبق حكمها الصادر في ١١ مايو سنة ١٩٦٨ والذي اعتبر منافسة الملتزم بتسيير أتوبيس نهري عن طريق تسيير أتوبيسات نهريه وبرية لخدمة ذات الخط من قبيل الظروف الطارئة التي عوضت عنها المحكمة ، وحكمها الصادر في ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ والذي اعترف بأن وباء دودة القطن يمكن اعتباره ظرفا طارئا .

٤ - وهذا الشرط مقرر أيضا في القانون المدني المصري بالنسبة الى تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال هذا القانون . فالمادة ١٤٧ من القانون المدني تشترط أن تطرأ « . . . حوادث استثنائية عامة » ويضرب الدكتور السنهوري لتلك الحوادث الأمثلة الآتية « . . . زلزال ، أو حرب أو اضراب مفاجيء ، أو قيام تسمية رسمية أو الغاؤها أو ارتفاع باهظ في الأسعار أو نزول فاحش ، أو استيلاء ادارى أو وباء ينشر أو جراد يزحف أسرابها . ونرى من هذه الأمثلة أن الحوادث لابد أن تكون استثنائية يندر وقوعها ، ولم يأت النص المصري بأمثلة تاركا ذلك للفقهاء والعمل . . . (١) » .

٢ - § كون الظروف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه

١ - وهذا هو الشرط الجوهرى الذى سميت النظرية باسمه ، ذلك أن كل عقد يعمل فى طياته بعض المخاطر ، وكل متعاقد حذر يقدر هذه المخاطر ويزنها عند إبرام العقد . فإذا قصر فى ذلك فعليه أن يتحمل وزر تقصيره . أما ما يجب أن يؤمن المتعاقد ضده فهو الظرف الذى يفوق كل تقدير يمكن أن يتوقعه الطرفان

(١) الوسيط ، الدكتور السنهوري ، الجزء الأول ، ص ٦٤٣ وما بعدها .

المتماقدان ، أو كما ينمته المفوض كورنای فی تعلیقه على حكم
«Fromassol» حيث يقول :

«L'événement déjouant tous les calculs que les parties ont pu faire au moment du contrat et dépassant les limites extrêmes que les parties ont pu envisager» (١)

ويتفرع على كون الحادث غير متوقع أنه لا يمكن دفعه ، ذلك أن
الحادث الذى يستطاع دفعه يستوى فى شأنه أن يكون متوقعا أو غير
متوقع (٢) .

٢ - ولكن هل يجب أن ينصب شرط التوقع على الطرف الطارئ؟
أو على آثاره ؟ لقد ذهب مجلس الدولة الفرنسى أولا ، وبالنسبة الى
طرف الحرب العالمية الأولى ، الى ضرورة اشتراط عدم توقع الفعل
الطارئ ذاته (الحرب) ، واهمال فكرة عدم توقع آثاره أو مدى
هذه الاثارة (٣) .

ولكن مجلس الدولة الفرنسى عدل عن تشدده السابق ، وأصبح
يكتفى فى كثير من الحالات بأن تكون آثار الطرف الطارئ هى التى
لم يكن فى الامكان توقعها (٤) .

(١) وردت هذه العبارة بذاتها فى حكم المجلس فى قضية هاز بوردو الذى وضع
أساس النظرية .

(٢) حكمه الصادر فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٢١ فى قضية «Soc. commerciale des

(٣) الوسيط للدكتور السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٦٤٤ .

carbures» مجلة القانون العام سنة ١٩٢١ ص ٤٩٤ مع تقرير المفوض كورنای

وراجع مؤلف جيز فى العقود الجزء الثانى ص ٥٠٥ .

(٤) حكمه الصادر فى ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ فى قضية «Ste. cau assainissement»
المجموعة ص ٩١٦ ، وفى هذا الحكم يقرر المجلس صراحة أنه اذا كان احتمال
احتلال اقليم الزهر قائما وقت إبرام العقد ، فإن ما سببه من ارتفاع الأسعار ،
لاسيما فى سعر الحديد قد فاق الاحتمالات العادية للطرفين .

وحكمه الصادر فى ١٠ مارس سنة ١٩٤٨ فى قضية «Hospices de Vienne»

(وقد سبقت الإشارة اليه) وهو أكثر دلالة من الحكم السابق ، لأن العقد أبرم بعد
صدور القوانين الاجتماعية سنة ١٩٣٦ ، ونص فى العقد صراحة على تحمل المتعاقد
لارتفاع الأسعار المترتبة على تطبيق القوانين الجديدة ، وبالرغم من كل هذا فقد
طبق المجلس النظرية ، لأن ارتفاع الأسعار قد فاق الحد المقبول لتصوره عند إبرام
العقد .

«L'ampleur des hausses a pu excéder la limite de celle qui pouvaient raisonnablement entrer dans les prévisions des parties» L. acit 1986.

وبهذا المعنى تقول المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٩ يونية سنة ١٩٦٢ (السنة ٧ ص ١٠٢٤) « ان الارتفاع الباهظ فى أسعار الزئبق ، ان صح أنه كان متوقعا بالنسبة الى المقد الثانى ، فان مدى هذا الارتفاع لم يكن فى الوسع توقعه بالنسبة لذلك المقد ، فقد كان السعر وقت التعاقد بالنسبة الى المقد الأول جنيه و ٦٠٠ مليما بالنسبة الى الكيلو ، فأصبح وقت التعاقد بالنسبة الى المقد الثانى ٢ جنيه و ٨٨٠ مليما ثم أصبح وقت الشراء ٤ جنيه و ٥٠ مليما . ومع ثم فان نظرية الحوادث الطارئة تنطبق على هذه الحالة » . وهذا التفسير الأخير هو الذى يتفق وحكمة النظرية ، على أساس أنها ترمى الى مجرد تمكين المتعاقد من الاستمرار فى التنفيذ حتى يزول الظرف الطارئ الذى لا يد له فيه ، ولا يستطيع دفعه .

٣ - وفيما يلى بعض تطبيقات مجلس الدولة الفرنسى لهذا الشرط^(١) :

(أ) بالنسبة للاجراءات الصادرة من السلطات العامة ، كالقوانين الاجتماعية أو المالية . . . الخ يجرى مجلس الدولة الفرنسى كقاعدة عامة على رفض تطبيق النظرية اذا أبرم العقد بعد صدور تلك الاجراءات . ولكنه يمنح التمويض اذا صدرت هذه الاجراءات بعد إبرام العقد . كما أنه يמוש الآن - وفقا لمسلكه الحديث - عن آثار تلك الاجراءات ، حتى ولو كانت متوقعة فى ذاتها ، اذا فاقت الآثار كل ما يمكن توقعه وقت إبرام العقد .

(ب) ظرف الحرب : وقضاء مجلس الدولة الفرنسى - كما يلاحظ الفقهاء - غنى فى هذا المجال . ويموض مجلس الدولة الفرنسى عن ظرف الحرب اذا أبرم العقد فى وقت كان شبح الحرب فيه غير متوقع ، بل ان ظرف الحرب بالذات كان أول ظرف طبقت فيه النظرية .

(١) تراجع الأحكام فى مطول دى لوبادير فى العقود ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ص ٩٩ وما بعدها .

وهنا أيضا عوض المجلس عن ظرف الحرب ، رغم توقعها في ذاتها ، اذا زاد ارتفاع الأسعار عن كل مدى متوقع .

أما محكمة القضاء الإدارى المصرية ، فقد رفضت التمويض فى حكمها الصادر فى ١٤ أبريل سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٣٦) ، فبعد أن أوضحت شروط تطبيق النظرية^(١) ، استطلدت تقول : « ... وعلى ذلك فإن الاعتداء الثلاثى على مصر كان أمرا يجب أن يتوقعه المدعى عند إبرام العقد ، إذ كان موقف سورية من شقيقتها العربية وقتئذ موقف المؤازرة والتكافل لتوتر الجو الدولى ، وما يصحبه من ارتفاع الأسعار . فإذا كان المدعى يرد ما أصابه من ضرر الى هذه الحرب ، فإنها كانت متوقعة من كل سورى . ومن ثم تخلف هذا الشرط من شروط الظرف الطارئ » .

أما فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى الصادرة فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٦٤ (سبقت) فيفهم منها أن الجمعية العمومية تسلم بأن الحرب هى ظرف طارئ يتمين التمويض عنه اذا توافرت باقى : شروط النظرية لا سيما ما تعلق منها بحسامة الضرر .

(ج) الاضرارات : وقد طبق المجلس بالنسبة اليها المبادئ السابقة .

(د) ظرف الأزمات الاقتصادية ، كارتفاع الاسعار وانخفاضها نتيجة للظروف الاقتصادية العامة .

٣ - § كون الظرف خارجا عن ارادة المتعاقدين

١ - يؤكد الفقه الكلاسيكى أن الظرف الطارئ لا يمكن أن يكتسب هذه الصفة الا اذا كان مستقلا عن ارادة كل من

(١) تقول المحكمة ان قيام الظرف الطارئ يتطلب توافر شروط معينة فيه « ألا يكون متوقفا من المتعاقدين وقت إبرام العقد ، وأن يكون الحدث الفجائى غير متصل بإرادة أحدهما ، وأخيرا يتمين ان يختل التوازن الاقتصادى فى العقد بحيث يضر المتعاقدين ضررا غير عادى » .

الطرفين^(١) . وهذا الرأى على اطلاقه أصبح لا يتفق مع قضاء مجلس الدولة الفرنسى الحديث ، فلقد سبق أن ذكرنا أن مجلس الدولة الفرنسى قد طور أحكام نظرية الظروف الطارئة ليوافقه الأفكار الجديدة . ولعل أهم تطور فى هذا المجال يتعلق بهذا الشرط . فالظرف يجب أن يكون مستقلا عن ارادة المتعاقد ، ولكنه قد يكون مع عمل الادارة على النحو التالى :

٢ - استقلال الظرف الطارئ عن المتعاقد *L'extériorité à l'égard du cocontractant* : ويتشدد مجلس الدولة الفرنسى فى تطبيق هذا الشرط ، فهو يرفض التمييز كلما كان الظرف منسوباً الى المتعاقد المضار سواء أكان هذا المتعاقد هو الذى تسبب فى احداث الظرف الطارئ يعمله عن عمد أو أفعال ، أو كان المتعاقد قد قصر فى بذل الجهود اللازمة لتوقي هذا الظرف الطارئ إذا كان توقي الظرف فى حيز المستطاع . وأحكام المجلس كثيرة ومطردة فى هذا المعنى^(٢) . فإذا كان المتعاقد قد تسبب فى احداث الظرف الطارئ جزئياً أو ساعد بخطئه فى زيادة أعبائه ، فإن القاضى يراعى ذلك فى تقدير التمييز .

٣ - صلة الادارة بالظرف الطارئ : إذا ما تسببت الادارة بخطئها أو بفعلها فى احداث ظروف يكون من شأنها الحاق ضرر بالمتعاقد ، فإنها تكون ملزمة بتمويض هذا الضرر . ولقد رأينا أن هذا التمييز يستند إما الى الخطأ ، أو الى فعل الأمير . فإذا كان الظرف الطارئ راجعاً الى فعل الادارة ، ولم تخطئ ، فهل يظل المتعاقد المضور بلا تمويض إذا تعذر عليه الاستفادة من نظرية عمل الأمير ؟!

(١) من هذا الرأى الفقيه جيز : مطولة فى العقود . الجزء الثانى ، ص ٤٩١ .
حيث يصف الظرف الطارئ بأنه : *indépendant de volonté des parties* .
(٢) تراجع الأمثلة الكثيرة التى أوردها الأستاذ دى لوبادير فى مطولة فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ١٠٢ .

يجيب مجلس الدولة الفرنسى فى قضائه الحديث على هذا التساؤل بالنفى ، اذ أنه يسمح للمتعاقد بالمطالبة بالتعويض استنادا الى نظرية الظروف الطارئة متى تحققت باقى الشروط ، كما فى الأمثلة التى ضربناها عند دراسة نظرية عمل الأمير^(١) .

وبذات المسلك أخذ القضاء الادارى المصرى - وعلى رأسه المحكمة الادارية العليا - كما رأينا فيما سبق .

٤ - متى يقع الظرف الطارى ؟

١ - يجب أن يقع الظرف الطارىء عقب إبرام العقد الادارى وقبل تنفيذه . وهذا يقتضى - غالبا - أن يكون تنفيذ العقد مع شأنه أن يمتد فترة من الزمن يجد خلالها من الظروف الطارئة ما يؤدى الى الاخلال باقتصاديات العقد . ولهذا فان التطبيقات الغالبة للنظرية ، تكون فى عقود امتياز المرافق العامة ، وعقود التوريد ، والنقل والأشغال العامة .

ولكن اذا كانت القاعدة السابقة هى الغالبة ، فليس ثمة ما يمنع من تطبيق النظرية ، متى توافرت شروطها اذا كان العقد غير متراخ ، وطرأت الحوادث الاستثنائية عقب إبرامه مباشرة وان كان ذلك نادر الوقوع عملا^(٢) .

والمسلم به فى الفقه الادارى الفرنسى - من ناحية أخرى - أن نظرية الظروف الطارئة تغطى جميع العقود الادارية . أما فى مصر ، فان مجال النظرية أصبح شاملا لجميع عقود الادارة للنص على

(١) حكم المجلس الصادر فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٤ فى قضية «Sté. L'Energie Industrielle» مجلة القانون العام سنة ١٩٤٦ ، ص ٣١٧ مع تقرير المفوض «Detton» وتطبيق الفقيه جيز ، وحكمه الصادر فى ٣ مارس سنة ١٩٤٩ فى قضية «Min. T. P. contre E. D. F.» دالوز سنة ١٩٥٣ ص ٣٠٩ وراجع رسالة الدكتور ثروت يدوى ، المرجع السابق ، ص ٢١٦ .

(٢) الوسيط للسنهوري ، الجزء الأول ، ص ٦٤٢ حيث يقول : « د .» على أن العقد اذا كان غير متراخ ، وطرأت مع ذلك هذه الحوادث الاستثنائية عقب صدوره مباشرة ، وأن كان ذلك لا يقع الا نادرا فليس يوجد ما يمنع تطبيق النظرية ، ولهذا أثر القانون المصرى - معتديا فى ذلك بالقانون البولونى - أن يسكت عن شرط التراخى .» .

النظرية تشريعاً في القانون المدني كما ذكرنا • وبالتالي فإن استبعاد تطبيق النظرية في مجال بعض العقود إنما يرجع الى عدم توافر شروط النظرية لا الى طبيعة تلك العقود •

٢ - وإذا كانت القاعدة السابقة من الموضوع بحيث لا تحتاج الى شرح فإنها تقتضى تعديداً من النواحي التالية :

أولاً : الظروف التي تطرأ قبل إبرام العقد : الأصل أن القاضي لا يعمد من هذه الظروف • ولكن لما كان إبرام العقد يمر غالباً بمراحل متعددة - كما رأينا في القسم الثاني من هذا المؤلف - فإنه يتعين أن يوضع في الحساب حالة الظروف الذي يطرأ عقب إيداع المطام «le dépôt de la soumission» ، وقبل توقيع العقد ، فلقد سبق أن رأينا أن الفرد يلتزم بمجرد تقديمه ، بحيث لا يحق له أن يرجع فيه ، في حين أن الرابطة التعاقدية - بمعناها الفني - لا تتم إلا بعد وقت طويل من تاريخ التقدم الى المناقصة • ومع ثم فإذا وقعت الظروف الطارئة في خلال تلك الفترة ، فإن مجلس الدولة الفرنسي يعمد منها لوحدة العملة^(١) • فإذا وقع الظروف الطارئ ولم تبت الإدارة في المطام خلال المدة المحددة ، فإن مع حق المنافسين أن يسحبوا عطائهم • فإذا لم يفعل المتنافس ، فإنه يعتبر عالماً بالظروف الطارئ وقت تعاقده ، ومع ثم فلا حق له في التمويض^(٢) •

ثانياً : الظروف التي تطرأ عقب المدة المحددة للتنفيذ : الأصل هنا أيضاً ألا تمويض من هذه الظروف لأنه لا أثر لها على التنفيذ الذي يفترض تمامه قبل حدوثها • ولكن ما الحل إذا امتد التنفيذ الى ما وراء تلك المدة بحيث تأثر بالظروف الطارئ ؟ لا صموبة

(١) حكم المجلس الصادر في ١٢ يناير سنة ١٩٣٨ في قضية *Commune d'Antony* المجموعة ص ٢٠ •

(٢) حكم المجلس في ١٥ يناير سنة ١٩٣٢ في قضية *Sté. les Linousins* المجموعة ص ٦٤ •

فى الأمر اذا ما كان مرجع التأخير الى خطأ المتعاقد ، فعينئذ يتمين عليه أن يتحمل وزر خطئه^(١) . كما أنه يتمين دفع التمويض اذا ما كان مرجع التأخير الى خطأ الادارة . ولكن يدق الأمر فى حالة موافقة الادارة على امتداد التنفيذ بناء على طلب المتعاقد . ويبدو أن مجلس الدولة الفرنسى يسمح فى هذه الحالة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة^(٢) .

والظاهر أن المحكمة الادارية العليا من هذا الرأى الأخير فى حكمها الصادر فى ٩ يونية سنة ١٩٦٢ (سبق) فبعد أن أكدت المحكمة على أن ارتفاع سعر الزئبق غير المتوقع يعتبر ظرفا طارئا ، وأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يتطلب الاستمرار فى تنفيذ المقد ، استطردت قائلة : « ان الشركة وان كانت قد توقفت عن التنفيذ بنفسها ، الا أن الوزارة قد قامت بالشراء على حسابها . ومن مقتضى هذا الشراء على حسابها عدم انهاء الرابطة التعاقدية ، واستمرار المقد منتجا لآثاره ، واعتبار الشركة هى المسؤلة أمام الوزارة عن عملية الشراء ، فالشركة تعتبر من الناحية القانونية قد واصلت التنفيذ . » .

٥ - § أثر الظروف الطارئة على العقد

١ - لكى يموض مجلس الدولة الفرنسى عن الظروف الطارئة يتمين أن يكون من شأن هذا الظرف أن يؤدى الى إلحاق خسائر بالتعاقد من شأنها أن تؤدى الى قلب اقتصايات المقد رأسا على عقب «Bouleversement de l'economie du contrat»

فلا يكفى فى هذا الصدد أن يفقد المتعاقد أرباحه كلها أو بعضها ، بل ولا يعتبر الشرط متحققا اذا حاق بالتعاقد ضرر فعلى اذا كان هذا الضرر معقولا .

(١) - حكم المجلس فى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٩ فى قضية «Debosques» المجموعة ص ١٩١ .

(٢) - حكم المجلس فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٨ فى قضية «Min. prod. ind.» المجموعة ص ٦٤٣ . والحكم غير قاطع ، لأن موجزه فقط هو الذى تم نشره .

ولكن قلب اقتصاديات المقصد هي فكرة نسبية ، تقدر في كل حالة وفقا لظروف كل عقد على حدة . ويضع مجلس الدولة الفرنسي نصب عينيه اعتبارات متعددة مثل رقم الأعمال الخاص بالشركة المتعاقدة ، ومقدار احتياطياتها ، ومدى سهولة حصولها على الأموال اللازمة لممارسة نشاطها ... الخ^(١) .

وكل ما يمكن قوله في هذا الصدد أن الظرف الطارئ إذا لم يكن من شأنه أن يؤدي الى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، فإنه يجعله مرهقا الى حد كبير . وفي هذا الصدد يقول الدكتور السنهوري في وسيطه « ... والارهاق الذي يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارئ بميار مرن ليس له مقدار ثابت ، بل يتغير بتغير الظروف . فما يكون مرهقا لمدين قد لا يكون مرهقا لمدين آخر . وما يكون مرهقا لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقا لنفس المدين في ظروف أخرى . والمهم أن تنفيذ الالتزام يكون بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة . فالمخسارة المألوفة في التعامل لا تكفي ، فإن التعامل مكسب وخسارة »^(٢) .

وبهذا المعنى تقول محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ١٩ يونية سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٢٦١) « ان مقتضى نظرية الظروف الطارئة أن يكون الظرف الطارئ أثقل وأشق كلفة مما قدره المتعاقدان تقديرا معقولا ، بأن تكون الخسارة الناشئة عنه ، والتي تلحق المتعاقد ، فادحة واستثنائية تجاوز الخسارة العادية ، بمعنى أنه إذا لم يترتب على الظرف الطارئ خسارة ما أو كانت الخسارة طفيفة بالنسبة الى عناصر الضرر في مجموعه ، أو انحصرت

(١) «Le chiffre d'affaire de la société, l'importance de ses ressources et l'absence de sa trésorerie.

حكم المجلس الصادر في ٨ نوفمبر سنة ١٩٤٤ في قضية «Cie des ch. de fer d'Engliem»

(٢) الوسيط ، الجزء الأول ، ص ٦٤٥ .

كل أثر الظرف الطارئ في تفويت فرصة الربح على المتعاقدين ، فانه لا يكون ثمة مجال لاعمال احكام هذه النظرية «^(١) .

ولقد رددت المحكمة الادارية العليا هذا المعنى في احكامها الصادرة بخصوص النظرية ، لاسيما في حكميها الصادرين في ١١ مايو سنة ١٩٦٨ وفي ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ وقد سبقت الاشارة اليهما .

٢ - يتضح مما سبق أن فكرة الارهاق في التنفيذ ، تقدر بالنسبة الى كل عقد على حدة ، بصرف النظر عن الموقف المالي للمتعاقدين في خارج حدود الالتزامات التعاقدية^(٢) .

وبهذا المعنى تقول المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ (سبق) بعد أن أكدت أن المتعاقدين ليس له أن

(١) وراجع حكمها الصادر في ١٤ يوليو سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٩٤) حيث رفضت تطبيق النظرية لأن الضرر المدمي به كان محتملا .

(٢) « وارهاق المدين لا ينظر فيه الا للصفقة التي ابرم في شأنها العقد ، فلو أن المدين تهدده خسارة من جراء هذه الصفقة تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة ، كانت الخسارة فادحة حتى ولو كانت لا تعد شيئا كبيرا بالنسبة الى مجموع ثروته . نعم أن ثروة المدين تكون الى حد معين محل اعتبار في تقدير الخسارة الفادحة ، فمن كان فقيرا كانت خسارته فادحة ولو لم تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة . ومن كان ثريا وجب أن تبلغ الخسارة بالنسبة اليه أضعاف الخسارة المألوفة ، ولكن حساب الخسارة يقتصر فيه على الصفقة التي أصبحت مرهقة ، فتنسب الخسارة الى هذه الصفقة لا الى مجموع ثروة المدين . فإذا تماقت الفرد مع الحكومة ، وكان له أن يتمسك قبلها بنظرية الظروف الطارئة اذا توافرت شروطها بالنسبة اليه ، فللحكومة أيضا أن تتمسك قبله بهذه النظرية اذا كانت الصفقة التي عقدتها تتهددها بخسارة فادحة بالنسبة الى الصفقة ذاتها ، ولا يمتد بأن الحكومة لا يرفعها أن تتحمل هذه الخسارة اذ هي شوم حين بالنسبة الى ميزانيتها الضخمة . بل أن الارهاق لا ينتفى حتى ولو كان المدين قد أسففته ظروف مواتييه لا تتصل بالصفقة التي أصبحت مرهقة في ذاتها . فإذا اترجم تاجر بتوريد قمح ، وخزن منه كميات كبيرة دون أن يتوقع علو السعر ودون أن تكون هناك صلة بين التخزين وبين التزامه بتوريد القمح . ثم علا سعر القمح لحادث طارئ أضعافا مضاعفة ، جاز له أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة لتوافر شروطها في الصفقة التي أبرمها . أما المكسب الذي يجنيه من القمح المخزون لعلو السعر فيكون له هو ، ولا شأن للدائن به . ومن ثم نرى أن الارهاق معياره موضوعي بالنسبة الى الصفقة المقودة ، لا ذاتي بالنسبة الى شخص المدين ، الوسيط للسهموري ، الجزء الاول ، ص ٦٤٥ .

يستند الى نظرية الظروف الطارئة للمطالبة بالتعويض « بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه ، كما أنه يجب أن تكون الخسارة متميزة » .

تقول المحكمة : « ومن ثم يجب أن يدخل في الحساب جميع عناصر المقدد التي تؤثر في اقتصادياته ، واعتبار المقدد وحدة بحيث يفحص في مجموعه ، لا أن ينظر الى أحد عناصره فقط ، بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التي يتألف منها ، اذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزيا وموضا عن العناصر الأخرى التي أدت الى الخسارة . ومن ثم فإن انقلاب اقتصاديات المقدد مسألة لا تظهر ولا يمكن التحقق من وجودها الا بعد انجاز جميع الأعمال المتعلقة بالمقدد » ^(١) .

ولكن يحدث في العمل أن يمارس المتعاقد مع الادارة عدة أنواع من النشاط ، يقوم بينها اتصال يختلف ضمنا وقوة بحسب الأحوال . فكيف يقدر الارهاق في هذه الحالات ؟ تقوم الحلول التي يقدمها مجلس الدولة الفرنسي على الأسس التالية :

(أ) يجب أن يوضع في الاعتبار - عند تقدير الارهاق المشكوك منه - جميع أوجه النشاط التي يمارسها المتعاقد ، والتي يقوم بينها اتصال وثيق ، بحيث يمكن اعتبارها فرعا من الالتزام الأصلي في المقدد . فاذا كان المقدد عقد امتياز مثلا ، وكانت الشركة الملتزمة تساهم في شركة التزام أخرى مماثلة ، فيجب أن يحسب في تقدير الارهاق ما تحصل عليه الشركة الملتزمة من أرباح الشركة الأخرى ^(٢) . كما يتعين أن يدخل في أرباح الشركة أيضا حصيلة ما تباعه من منتجات ثانوية تتصل بموضوع الاستغلال الأصلي « La vente des sous-produits de l'exploitation » . ^(٣) الخ .

(١) وانتهت المحكمة في الموضوع الى أنه اذا كان المتعاقد قد حقق في بعض شهور تنفيذ المقدد أرباحا تكفي لمواجهة خسارته في الأشهر الأخرى ، فإنه ليس من حقه أن يطالب بالتعويض استنادا الى النظرية .

(٢) حكم المجلس في ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٧ في قضية «Cie française d'éclairage» المجموعة ص ١٢٩٨ .

(٣) حكم المجلس في ٢٠ يناير سنة ١٩٢٨ في قضية «Ville de Pesonn» المجموعة ص ٩٣ .

فى هذه الحالات ، يجب أن ينظر الى جميع أوجه النشاط الفرعية ككل لا يتجزأ من النشاط الأصلى موضوع العقد^(١) .

(ب) وإذا كان المتعاقد يمارس أوجها مختلفة من النشاط بمقتضى عقد واحد كتنفيد أشغال عامة ، وإدارة مرافق عامة عن طريق الالتزام أو مع توريد بضائع للإدارة ، فيجب عند تقدير الارهاق الذى يتعرض له المتعاقد ، أن يوضع فى الاعتبار نتيجة جميع الأعمال المنصوص عليها فى العقد^(٢) .

(ج) ولكن لا يدخل فى حساب الارهاق المتصل بمقد بعينه ، نتيجة النشاط الذى لا يعتبر فرعاً من الالتزام الأصلى المنصوص عليه فى العقد ، كبيع مواد لا علاقة لها بموضوع العقد . وأوضح من الحالة السابقة أن يمارس المتعاقد نشاطاً واحداً ولكن بمقتضى عقدين مختلفين لاختلاف جهة الإدارة المتعاقدة فى كل من العقدين ، فعينئذ يقرر الارهاق بالنسبة الى كل عقد على حدة^(٣) .

(١) ونجد الألفاظ السابقة فى بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسى . وفى حكمه الصادر فى ١٠ أبريل سنة ١٩٣٠ فى قضية « Ville de Toulon » المجموعة ص ٤٨٠ يقول

« il faut envisager la convention dans son ensemble »
« Min des T.P. » وفى حكمه الصادر فى ٣٠ مارس سنة ١٩٣٠ فى قضية
« il faut tenir compte de tous : » يقول (ص ٧٩٠)

les droits resultant pour le cocontractant de son contrat »

(٢) حكمه فى أول يوليو سنة ١٩٤٩ فى قضية (Etab. Viala) المجموعة ص ٣١٨ ، وفى ٤ مايو سنة ١٩٤٩ فى قضية (Ville de Toulon) المجموعة ص ١٩٧ ، وفى ١٠ أبريل سنة ١٩٣٥ فى قضية (Ville de Toulon) المجموعة ص ٤٨٠ .

(٣) حكم المجلس فى ٨ أغسطس سنة ١٩٢٤ فى قضية (Gas de Brive) المجموعة ص ٨١٧ وفى ١٩ فبراير سنة ١٩٢٦ فى قضية (Gas de la cieta) المجموعة ص ١٩٦ وفى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٧ فى قضية (Potot) المجموعة ص ٦٤٢ .

المطلب الثالث

الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة

تقع فكرة الظروف الطارئة فى مركز وسط بين الحالة العادية التى يستملح فيها المتعاقد أن يوفى بالتزاماته التعاقدية ، وبين حالة القوة القاهرة التى تؤدى الى تحرير المتعاقد من التزاماته . وهذه الفكرة هى التى تحكم الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة كما وضعها مجلس الدولة الفرنسى . ويمكن رد هذه الأفكار الى الأسس التالية :

- ١ - بقاء التزامات المتعاقد كما هى .
 - ٢ - حق المتعاقد فى الحصول على معاونه من الادارة .
 - ٣ - كون هذه المعاونة مؤقتة
- وسوف نتولى شرح هذه الأسس الثلاثة على التوالى ، ثم نعقب عليها بتوضيح من الذى له أن يتمسك بالظرف الطارئ .

الفرع الأول

بقاء التزامات المتعاقد

- ١ - ذلك أن الظروف الطارئى يمتاز بصفة أساسية - كما ذكرنا - بأنه لا يحرر المتعاقد من التزامه ، لأن هذا الالتزام - اذا كان مرهقا - فانه ممكن - وغاية النظرية - كما أوضح مجلس الدولة الفرنسى فى قضية غاز بورديو - تمكين المتعاقد من الوفاء بالتزاماته كاملة ، لأن كل اخلال بهذه الالتزامات لن يضار من ورائه الا المستفيدون . ومن ثم فقد حرص مجلس الدولة الفرنسى ، حين خلق النظرية لأول مرة على خلاف القواعد المدنية التقليدية لا سيما فى القانون الفرنسى ، أن يقرر صراحة :

«Il convient de decider d'une part que la compagnie est tenu d'assurer le service concédé ...».

(م - ٤٤ المقود الادارية)

وإذا كانت النظرية قد تقرر لأول مرة بمناسبة عقد الامتياز فان مداها يشمل - كما ذكرنا - جميع العقود الادارية (بل وجميع العقود فى مصر) ولهذا فان الالتزام السابق ينصب على عاتق جميع المتعاقدين الذين يحاولون الاستفادة من النظرية ، كملتزم الأشغال العامة أو التوريد^(١) .

٢ - ويترتب على المبدأ السابق أنه يتعين على المتعاقدين - الذى يريد أن يستفيد من نظرية الظروف الطارئة - أن يواصل تنفيذ التزاماته رغم الظرف الطارئ ، ما دام التنفيذ فى ذاته ممكنا ولم يتحول الظرف الطارئ الى قوة قاهرة تحول دون التنفيذ . فاذا توقف المتعاقدين عن الوفاء بالتزاماته استنادا الى الظرف الطارئ ، فانه يتعرض لتوقيع الجزاءات التى عرضنا لها فيما سبق ، لاسيما عقوبة غرامات التأخير ، ولا يجديه نفعا الاحتجاج بهذا الظرف الطارئ^(٢) .

أما فيما يتعلق بتطبيق نظرية الظروف الطارئة رغم التوقف ، فان مجلس الدولة يتبع سياسة مرنة : فقد يحكم بالتمويض استنادا الى نظرية الظروف الطارئة اذا قدر صعوبة الظروف التى تعرض لها المتعاقدين المتوقف ، مع خصم غرامات التأخير من مبلغ التعميض^(٣) وفى حالات أخرى رفض المجلس التعميض .

وبالمسلك الأول أخذت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ٩ يونية سنة ١٩٦٢ والذى سبقت الاشارة اليه - ذلك أن الشركة المتعاقدة قد توقفت عن توريد الزئبق لارتفاع أسعاره . ولكن

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٩ يونيو سنة ١٩٤٥ فى قضية (Ville de Bressuire) المجموعة ص ١٤٤ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٠ أبريل سنة ١٩٢٣ فى قضية (Sté. d'éclairage d'Oléron) المجموعة ص ٦٨٢ .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٥٣ فى قضية (Charnit et Collet) منشور فى مجموعة (Actual. jur. 1954, p. 66) .

الإدارة تولت الشراء على حسابها بالأموال المرتفعة ، فقضت المحكمة بأن هذا الشراء على حساب الشركة يفترض استمرار المقصد منتجا لآثاره « فيقع على عاتقها (الشركة) غرامة التأخير والمصاريف الإدارية التي تكبدتها الوزارة في عملية الشراء » وذلك مع تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، بل وقررت المحكمة في حكمها أيضا « أنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار عند توزيع الخسارة بين الشركة والوزارة الظروف التي أبرم فيها المقصد من ارتفاع مفاجيء في أسعار الزئبق بسبب تهافت الدول الكبرى على شرائه ، واستمرار هذا الارتفاع طوال مدة التنفيذ ، وما بذلته الشركة من محاولات للحصول على الزئبق بثمن محتمل وطلباتها المتعددة لاعفائها من التوريد وقيام الحكومة نيابة عنها بالشراء على حسابها بعد انتظار طويل حتى بلغت الأسعار أقصاها في الارتفاع » .

ويحدث في الممثل أن يتحول الظرف الطارئ إلى قوة قاهرة خلال فترة قصيرة من الزمن . وحينئذ يكون للمتعاقد أن يتوقف عن التنفيذ خلال تلك الفترة ، ويتمين عليه أن يماود التنفيذ متى زالت القوة القاهرة ، والا امتنع عليه الاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة^(١) .

الفرع الثاني

حق المتعاقد في الحصول على معاونة الإدارة

وفي هذه الخصوصية تختلف أحكام نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني ، عنها في القانون الإداري اختلافا جوهريا . ومرجع هذا الخلاف إلى سلطات القاضي في كل من القانونين . ففي نطاق القانون المدني يستطيع القاضي أن يعدل من التزامات المتعاقدين . في حين أن القاضي لا يستطيع في نطاق القانون الإداري أن يحكم

(١) حكم المجلس الصادر في ٣٠ يونيو سنة ١٩٣٢ في قضية (Commune de Gange) المجموعة ص ٦٤٧ وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٤١ في قضية (Min. T. P.) المجموعة ص ٢٣ .

الا بالتمويض • ومن ثم فائنا ندرس أولا سلطات القاضى فى كل من القانونين ، وأساس هذا الخلاف ، ثم نتناول بالدراسة أساس التمويض الذى يحكم به القاضى فى نطاق القانون الادارى ومداه •

١ - § سلطات القاضى فى مواجهة الظروف الطارئة

١ - نصت الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى المصرى الجديد صراحة على اختصاص القاضى بقولها : « ••• جاز للقاضى ، تبعا للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المقبول ••• » ولقد كان المشروع النهائى للقانون المدنى - فى خصوص هذه المادة - ينص على أن القاضى ينقص الالتزام المرهق الى الحد المقبول • ولما كان الانقاص لم يقصد به فى المشروع الانقاص المادى ، وانما قصد به تعديل الالتزام بتخفيف عبئه ، فقد رأت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، توخيا للدقة فى تحرر هذا المعنى ، أن تعدل نص المشروع النهائى الى وضعه الحالى^(١) • وعلى هذا الأساس ، يجوز للقاضى أن يحكم بوقف تنفيذ العقد مؤقتا حتى يزول الظرف الطارئ • وقد يرى زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق ، وقد يرى انقاص الالتزام المرهق ، ولكنه لا يستطيع أن يحكم بفسخ العقد ، لأن النص لا يخوله ذلك •

ويلاحظ فى حالتى انقاص الالتزام المرهق وزيادة الالتزام المقابل ، أن القاضى لا يرد الالتزام الى الحد المقبول الا بالنسبة الى الحاضر ، ولا شأن له بالمستقبل ، لأنه غير معروف ، فقد يزول أثر الحادث الطارئ ، فيرجع العقد الى ما كان عليه قبل التمديل ، وتعود له قوته الملزمة كاملة كما كان فى الأصل^(٢) • هذا هو دور القاضى فى القانون المدنى •

(١) مجموعة الاحمال التحضيرية ، ص ٢٨٤ ، ٢٨٦ •

(٢) الوسيط للسنهورى ، الجزء الاول ص ٦٤٦ - ٦٤٩ ، والمراجع التى

أشار اليها •

٢ - وهذا الذى يستطيع القاضى المدنى أن يحكم به ، هو الغاية التى يستهدفها مجلس الدولة الفرنسى من خلق نظرية الظروف الطارئة ، ولكنه لا يستطيع أن يحكم بما يحكم به القاضى المدنى . فالمسلم به ان القاضى الادارى لا يستطيع اطلاقا أن يعدل نصوص المقد . وهذه القاعدة مسلم بها فى نطاق القانون الخاص أيضا ، ولو لم يغول الشارع القاضى المدنى السلطات التى أشرنا إليها لما استطاع أن يمارسها وفقا للقواعد العامة فى الاختصاص . ولهذا فان دور القاضى الادارى ينحصر فى الحكم بتمويض^(١) . غير أن مجلس الدولة الفرنسى - عن طريق الحيلة - استطاع أن يصل الى حل وسط ، يستهدف المحافظة بقدر الامكان على قواعد الاختصاص ، مع محاولة رد الالتزام المرهق الى الحد المقبول ، وذلك عن طريق دعوة كل من الادارة والمتعاقد الى محاولة الاتفاق الودى . فاذا فشل الطرفان فى الوصول الى هذا الاتفاق ، فليس أمام القاضى الا سبيل واحد ، هو سبيل الحكم بالتمويض ، ومن ثم فان مجلس الدولة الفرنسى . يملق الحكم بالتمويض على شرط عدم وجود اتفاق بين الطرفين «*défaut d'accord amiable*»^(٢)

٣ - ويمكن تبرير مسلك مجلس الدولة الفرنسى على الأسس التالية :

(١) ان مهمة القاضى كقاعدة عامة هى تفسير العقود ، وتطبيق

(١) راجع على سبيل المثال حكم المجلس الصادر فى ٢١ يناير سنة ١٩٤٤ فى قضية (société d'entreprises) المجموعة ص ٢٣ وقد جاء فيه :

«Il n'appartient pas au juge administratif de modifier les clauses d'un contrat librement acceptées par les parties».

(٢) وقد توصل مجلس الدولة الى هذه الحيلة وطبقها فى أول حكم وضع به أساس النظرية ، وهو حكمه فى قضية « غاز بوردو » السابقة حيث يقول .

«Il y a lieu de renvoyer les parties devant le conseil de préfecture, auquel il appartiendra, si elles ne parviennent pas à se mettre d'accord sur les conditions spéciales dans lesquelles la compagnie pourra continuer le service, de déterminer en tenant compte de tous les faits de la cause le montant de l'indemnité à laquelle la compagnie a droit».

أحكامها ، لا تعديل شروطها ، وهذه قاعدة أساسية لا تختلف فيها العقود الادارية عن العقود المدنية كما ذكرنا .

(ب) ان القاعدة فى القانون الادارى ، أن القاضى لا يستطيع أن يأمر الادارة بالقيام بعمل معين . ولو أتيح له تعديل الالتزامات التعاقدية ، لكان ذلك بمثابة اصدار أوامر للادارة .

(ج) ان الادارة حين تضمن العقد شروطا معينة ، وتحمل المتعاقد بمقتضاها التزامات محددة ، فانها تستهدف تحقيق مصلحة عامة . ولو أتيح للقاضى أن يعدل شروط العقد رغم أنف الادارة ، فقد تتعرض المصلحة العامة للخطر . ومن ثم فإن دواعى المصلحة العامة تقتضى أن تظل شروط العقد نافذة ، حتى تقبل الادارة مختارة تعديلها ، لأنها لن تفعل ذلك ، الا بعد أن تتأكد مقدما من أن المصلحة العامة لن تضار من جراء التعديل . وهذا الاعتبار الأخير ، لا محل له فى القانون الخاص ، حيث يعمل كل متعاقد على تحقيق مصلحته الخاصة^(١) .

ولما كان نص المادة ١٤٧ عاما ، يشمل جميع العقود التى تخضع للقانون المدنى ، وكانت عقود الادارة التى لا تتوافر فيها خصائص

(١) ولهذا فمندا نص المشرع على نظرية الظروف الطارئة فى القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ اختلفت صياغة المادة السادسة منه عن صياغة المادة ١٤٧ من القانون المدنى . فقد نصت المادة السادسة المشار اليها على ما يلى : « اذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ، ولا يدانج الالتزام أو المتكتم فيها ، وأفضت الى الاخلال بالتوازن المالى للالتزام أو الى تعديل كيانه الاقتصادى كما كان مقدرا وقت منح الالتزام جاز لما نج الالتزام أن يعدل قوائم الأسهم ، وإذا اقتضت الحال ، أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله . وذلك لتمكين المتكتم من أن يستمر فى استغلاله أو خفض الأرباح الباطلة الى القدر المقبول » فلم يجعل المشرع سلطة التعديل للقاضى كما هو الشأن فى نص المادة ١٤٧ السابقة . كما يلاحظ أن المشرع تأثر فى تعريف الظروف الطارئة بالأراء التقليدية ، فلم يضع فى الاعتبار التطور الحديث لمجلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص . ولما كان مجلس الدولة المصرى يعتبر أن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ قانونا كاشفا لا منشئا ، فإن التعريف السابق لا يقتيد القضاء الادارى المصرى فى صياغة أحكام نظرية الظروف الطارئة وفقا لمبادئ القانون الادارى ، وحسب مقتضيات هذا القانون ، لاسيما وأن القانون السابق يقتصر على عقود التزام المرافق العامة ولا يتناول سائر العقود الادارية .

المعقود الادارية تخضع لذلك القانون ، فان نظرية الظروف الطارئة - كما حددها المادة ١٤٧ السابقة - تطبق عليها . ومن ثم فان القاضى يملك بالنسبة اليها ، ما يملكه بالنسبة الى عقود الأفراد . وهكذا يقتصر الحكم الذى أشرنا اليه على المعقود التى يختص مجلس الدولة المصرى بالنظر فى المنازعات المتعلقة بها ، وهى المعقود الادارية على التفصيل الذى أوردناه فى القسم الأول من هذا المؤلف .

وبالرغم من وضوح هذا المبدأ الذى لم يخرج عليه القضاء الادارى فى مصر ، فان القضاء يستعمل أحيانا اصطلاحات غير معبرة ، تجاوز قصده ، سبق أن أشرنا الى بعضها ، ومنها أيضا ما ورد فى حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ١٤ يوليو سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٩٤) حيث تقول : « لما كانت الظروف أو الحوادث الطارئة التى أجاز القانون بالاستناد اليها للقاضى تعديل الالتزام المرهق الى الحد المعقول بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، تصلح سببا للدعاء بتعديل العقد أثناء تنفيذه . . . »

ولكن المحكمة الادارية العليا طبقت المبدأ السليم - لأول مرة فيما نعلم - بمقتضى حكمها الصادر فى ١١ مايو سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٨٧٤) وذلك حينما نافست الادارة ملتزم تسيير الأتوبيس النهري فسببت له أضرارا ، حاولت محكمة القضاء الادارى تعويضه عنها عن طريق تعديل شروط العقد . فبعد أن أوضحت المحكمة الادارية العليا شروط تطبيق كل من نظريتي عمل الأمير والظروف الطارئة عى النحو الذى سبق توضيحه ، ألغت المحكمة الادارية العليا حكم محكمة القضاء الادارى الذى قضى بتعديل شروط العقد ، وقضت بالتعويض الجزئى - اعمالا لنظرية الظروف الطارئة - وجاء فى حكمها بهذا الصدد قولها ، ان تعديل الاتاوة المتفق عليها « ينطوى على تعديل لشروط العقد بسبب حادث طارئ أثناء تنفيذه ، وهو أمر لا يملكه القاضى الادارى » .

٢ - أساس التمويض ونطاقه

١ - على أى أساس قانونى يقوم التمويض الذى يحكم به القاضى فى حالة الظروف الطارئة ؟ لا يتفق الفقهاء على أساس موحد فى هذا الخصوص . وتدور الأسس التى يقول بها الفقهاء حول الأفكار التالية :

أولاً : فكرة التوازن المالى للمقد «L'équilibre financier du contrat» ويقول بهذا الأساس الفقيه فالين^(١) ، والفقيه دى سوتو^(٢) .

ولقد انتقد هذا رأى الفقيه بيكنيو ، فى بحثه الذى أشرنا اليه مراراً ، ذلك أن فكرة التوازن المالى للمقد ، تؤدى الى التمويض الكامل ، وإعادة مركز المتعاقد الى حالته قبل حلول الظروف الطارئة ، فى حين أن التمويض الذى يناله المتعاقد وفقاً لنظرية الظروف الطارئة ، هو تمويض جزئى ومؤقت كما سنرى^(٣) .

ثانياً : فكرة النية المشتركة للطرفين «La commune intention des parties» بمعنى أن القاضى يحكم بالتمويض عن الأضرار التى تترتب على الظروف الطارئة لأن نية الطرفين تنصرف الى أن يتحمل الطرفان المتعاقدان آثاره الضاره . ومن هذا رأى المميد بونار^(٤) ، كما أنه تردد فى تقارير بعض المفوضين مثل المفوض «Chardennet» وهذا الأساس تمسغى فى معظم الحالات ، ولا يصلح دائماً لتبرير القواعد البريتورية التى يخلقها القضاء الإدارى ، ولو اهتمت خلف حيلة التفسير .

(١) مطول فى القانون الإدارى ، الطبعة الرابعة (سنة ١٩٤٦) ص ٤٠ .
(٢) Note au D. C. 1942. J. III. et article; J. III. P. 1950 L. 817.

(٣) الملزمة رقم ٥١١ ، بند رقم ٣٩٨ .
(٤) موجزه السابق ، ص ٧٤٤ .

ثالثا : ويذهب الرأي الراجح فى نظرنا الى ارجاع التعويض الى الطبيعة الذاتية للمقود الادارية ، وصلتها بالمرافق العامة • فالأصل أن المرافق العامة يجب أن تؤدي خدماتها باستمرار ، وعلى الادارة أن تعمل على تحقيق هذه القاعدة • فإذا طرأت ظروف غير متوقعة ، وترتب عليها ارهاق المتعاقد ، فإن على الادارة أن تهب الى معاونته للتغلب على تلك الظروف ، حتى يستطيع أن يتمكن من الوفاء بالتزاماته ، وبالتالي يستطيع المرفق أن يؤدي خدماته المعتادة دون توقف • وإذا فالتعويض يستند الى ضرورات سير المرافق العامة ، والى قواعد المدالة^(١) • وهو ما أقرته صراحة المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٧٢ (سبق) حيث تؤكد « أن نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة المدالة المجردة التى هى قوام القانون الادارى ، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة ، فرائد جهة الادارة هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام ... » •

وإذا كان المشرع المصرى قد أقر النظرية فى نطاق عقود القانون الخاص ، غير ذات الصلة بالمرافق العامة ، اعمالا لقواعد المدالة ، ومنعلا لاستغلال أحد الطرفين للمتعاقد الآخر ، فإن النظرية أولى بالتطبيق فى نطاق القانون العام ، لوحدة الملة فى الحالتين ، زيادة على الاعتبار المستمدة من صلة العقد الادارى بالمرفق العام • ولقد سبق أن ذكرنا أن مجلس الدولة فى فرنسا وفى مصر ، يرجع الى قواعد القانون الخاص فى مجال المقود الادارية ، كلما كانت هذه القواعد مجرد تقنين لمبادئ المدالة التى لا يختلف تقديرها فى مجال القانونين العام والخاص • ولا شك أن نظرية الظروف الطارئة من هذا القبيل • ومن ثم فإن تقرير النظرية فى القانون المدنى المصرى

(١) مطول دى لوبادير فى المقود ، الجزء الثالث ، ص ١١٩ • ومطول الفقيه جيز فى المقود ، الجزء الثانى ، ص ٤٧٠ حيث يقول : تبريرا للتعويض فى حالة الظروف الطارئة :

«Ce secours est raisonnable, équitable ... Si la clause n'existe pas, il est équitable en même temps que de bonne politique de suppléer au silence du contrat.»

تشريعيا يعتبر حجة اضافية للتسليم بالنظرية في مجال القانون العام ، وهو المجال الأصيل لهذه النظرية كما ذكرنا .

٢ - وعند الحكم بالتمويض على أساس نظرية الظروف الطارئة ، يلتزم مجلس الدولة الفرنسي القواعد الآتية :

أولا : فيما يتعلق بتحديد بداية الظروف الطارئة : وتحديد هذا التاريخ بالغ الأهمية . لأن حساب الخسائر التي يجوز المطالبة بالتمويض عنها على أساس نظرية الظروف الطارئة ، يبدأ منه . ويطلق عليه بالفرنسية عادة «Le seuil de l'imprévision» ويبدأ هذا التاريخ منذ اللحظة التي يتجاوز فيها ارتفاع الأسعار الحد الأقصى الذي كان يمكن توقعه عند إبرام العقد^(١) . وما دامت الأسعار في نطاق هذا الحد الأقصى ، فلا يمكن الحكم بتمويض . وكثيرا ما يذكر مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ صراحة في أحكامه . ومن ذلك قوله في قضية «Commune de Tursac»

«La hausse des prix n'a pas dépassé la limite de celles que les parties pouvaient envisager; dans ces conditions, aucune indemnité d'imprévision ne saurait allouée».

ثانيا : فيما يتعلق بتحديد الخسارة التي لحقت المتعاقد من الظروف الطارئة : يقدر مجلس الدولة الفرنسي الخسائر التي تلحق المتعاقد طيلة الفترة التي يستمرها الظرف الطارئ على ضوء الاعتبار الآتية :

(١) النتائج الفعلية لاستغلال المشروع موضوع التعاقد «Les résultats effectifs de l'exploitation» ، فلا يجوز أن يدخل في حساب

(١) ويطلق عليه بالفرنسية تسمية «Le prix limites» ويستعمل مجلس الدولة الفرنسي هذا الاصطلاح كثيرا . راجع على سبيل المثال أحكامه الصادرة في ٨ أغسطس سنة ١٩٢٤ في قضية «Gar de Brives» المجموعة ص ٨١٨ وفي ٣ يناير سنة ١٩٣٦ في قضية «Commune de Tursac» المجموعة ص ٦ وفي ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٧ في قضية «Peters» المجموعة ص ٦٤٧ .
(٢) أشير إليها في الهامش السابق .

الأرباح والخسائر ما كان يمكن أن يعود على المتعاقد لو أنه قام بعمل معين^(١).

(ب) لا يدخل في حساب الخسائر ، الأرباح التي حققها المتعاقد قبل حلول الظروف الطارئة . كما أنه عند حساب هذه الخسائر يجب أن يستبعد من التقدير الأرباح المحتملة في المستقبل ، والتي قد يجنبها المتعاقد عقب زوال الظروف الطارئة^(٢) .

بل لقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي الى أبعد من هذا ، وقرر أنه اذا استطلعت فترة الظروف الطارئة الى بضع سنوات ، وحدث أن حقق المتعاقد أرباحا خلال سنة أو سنوات من تلك الفترة ، فإن هذه الأرباح لا تستنزل من الخسائر النهائية للفترة كلها^(٣) .

(ج) الخسائر التي يكون المتعاقد قد تحملها قبل بداية فترة الظروف الطارئة ، لا تدخل في حساب الخسائر التي يجوز للمتعاقد أن يطالب بالتعويض عنها بطبيعة الحال ، بل يتحملها المتعاقد كضرب من ضروب المخاطرة التي يتعرض لها المتعاقد عادة . ولكن هذه الخسائر تستنزل من الخسائر النهائية التي تترتب على الظروف الطارئة . وهكذا لا تشارك الإدارة الا في الفرق بين الخسائر العادية المحتملة ، والخسائر التي تتجاوز الحد المسمول للأضرار^(٤) .

(١) حكم المجلس الصادر في ٣٠ مارس سنة ١٩٣٣ في قضية «Ville d'Oran» المجموعة ص ٣٧٩ . حيث يقول :

«C'est à tort que les experts ont rattaché les recettes et les dépenses qui auraient été vraisemblablement effectuées si les travaux d'expansion projetés avaient été exécutés au lieu de s'entendre aux résultats effectifs de l'exploitation d'après sa consistance réelle».

(٢) حكم المجلس الصادر في ٢٧ يونيو سنة ١٩١٩ في قضية «Gaz de Nice» سيرى سنة ١٩٢٠ القسم الثالث ص ٢٥ مع تقرير المفوض «Riboulet» وتعليق مورير وفي ١٨ يناير سنة ١٩٢٤ في قضية «Ville de Paris» المجموعة ص ٥٨ .

(٣) حكمه الصادر في ١٩ فبراير سنة ١٩٢٦ في قضية «Gaz de la Clotat» المجموعة ص ١٩٦ وفي ٢٣ يونيو سنة ١٩٢٦ في قضية «Cie générale pour l'éclairage» المجموعة ص ٦٣٣ وفي ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٧ في قضية «Cie française d'éclairage» المجموعة ص ١٢٩٧ .

(٤) حكم المجلس في ٨ أغسطس سنة ١٩٢٤ في قضية «Sté d'éclairage de Brive» المجموعة ص ٨١٧ وفي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ في قضية «Tramways de Besançon» المجموعة ص ١٠٣٦ .

(د) ولكن عند حساب الخسائر ، هل يوضع فى الاعتبار الفرق بين الأسعار الفعلية وقت التعاقد والأسعار الجديدة ؟! أم الفرق بين أقصى سعر يمكن توقعه ، وبين الأسعار الجديدة ؟! لقد أقر مجلس الدولة الفرنسى الحل الأول . وهكذا تصبح فكرة « الحد الأقصى للأسعار المعقولة » (Le prix limite) شرطا لقيام الطرف الطارئ ولكن لا أثر لها فى تحديد الخسارة التى يتحملها المتعاقد من جراء طرؤ هذا الطرف^(١) .

(هـ) يجب أن يوضع فى الاعتبار جميع أنواع النشاط المتصلة بموضوع العقد الأصلى ، أو التى ينص عليها العقد على النحو الذى أوضحناه فيما سلف .

(و) يتخضم من قيمة الخسائر الفعلية التى تتحملها المتعاقد نتيجة للطرف الطارئ ، ما يرجع الى أخطائه فى تنفيذ العقد ، كإهماله ، أو عدم اتباعه الوسائل الفنية المسلم بها فى التنفيذ^(٢) .
«négligence et insuffisance technique»

(ز) يدخل فى الجانب الإيجابى لحساب الخسائر جميع ما يحصل عليه المتعاقد نتيجة للعقد سواء فيما يتعلق بتنفيذ الالتزامات الأصلية أو التبعية كما ذكرنا . ويشمل الجانب السلبى منها كل ما يتحملة المتعاقد بسبب تنفيذ التزاماته المقدية ، كالتنفقات العامة لإدارة المشروع . ويدخل فيها أجور العمال والموظفين ، ونفقات استهلاك

(١) حكم المجلس الصادر فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٨ فى قضية Sté le Centre électrique المجموعة ص ١٢٢٩ حيث يقول :

«C'est à tort que le Conseil de prefecture a déduit du fait total une somme représentant la part afferant à une hausse prévisible du combustible; en effet, c'est seulement pour la détermination du point de départ de la période d'imprévision qu'il ya lieu de fair état de marge de hausse prévisible qui a pu être envisagée par les parties».

(٢) حكم المجلس فى ٢٧ مارس سنة ١٩٢٢ فى قضية «Ville de Montfort-l'Abbaye» المجموعة ص ٣٧٥ وفى ٣ ديسمبر سنة ١٩٢١ فى قضية «Commune de Granlhet» المجموعة ص ١٠٦١ .

الآلات والمباني ورأس المال ، ونفقات التأمين المعادية ، والضرائب والرسوم المفروضة على المتعاقدين^(١) .

ثالثا : فيما يتعلق بتوزيع عبء الخسارة بين المتعاقدين والإدارة :
تقوم نظرية الظروف الطارئة على أساس مبدأ جوهرى ، هو توزيع أعباء الخسارة الفادحة المترتبة على الظرف الطارئ بين الإدارة والمتعاقدين إذا لم تشأ الإدارة أن تعدل الالتزامات التعاقدية بما يتفق والوضع الجديد . ويخضع هذا الموضوع لمبادئ رئيسية يمكن اجمالها فيما يلى :

(أ) يتعين أن يتحمل المتعاقدين جانبا من الخسائر . ولم يخرج مجلس الدولة الفرنسى على هذا المبدأ حتى الآن ، بالرغم من دعوة بعض مفوضى الدولة الى هجر هذه القاعدة . ولقد صور المفوض «josse» هذا المبدأ فى تقريره الذى قدمه بمناسبة حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية «Tramways de Cherbourg» حيث يقول^(٢) :

«Vous savez avec quelle obstination on a cherché à vous faire modifier sur ce point votre jurisprudence; invoquant la stabilisation des conditions économique, on vous a demandé de supprimer cette participation de l'exploitant au déficit contractuel; vous avez constamment refusé».

وبهذه القاعدة الأصلية تمتاز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية عمل الأمير ، والتي تنتهى الى تمويض المتعاقدين تمويضا كاملا كما رأينا .

(ب) ولكن قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، اذا كان قد استمسك بضرورة تحمل المتعاقدين لجانب من الخسائر المترتبة على الظرف الطارئ ، فان قضاءه لا يجرى على قاعدة موحدة من حيث نسبة

(١) فى التفاصيل راجع مطول الفقيه دى لوبادير فى المقود ، الجزء الثالث ، ص ١٢٧ .

(٢) صدور الحكم فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ ، منشور فى مجموعة سبرى ١٩٣٣ القسم الثالث ، ص ٩ مع تعليق لاروك ، ومنشور أيضا فى مجموعة دالوز ، القسم الثالث ، ص ٧ مع تعليق «Pelloux» ومن أحكام المجلس الحديثة فى هذا الصدد حكم الصادر ٤ مارس سنة ١٩٤٩ فى قضية «Ville de Toulon» المجموعة ص ٤٦٧ وفى أول يوليو سنة ١٩٤٩ فى قضية «Min. de la guerre» المجموعة ص ٣١٨ .

المشاركة بين الطرفين المتعاقدين . ومن الناحية العملية ، يجرى مجلس الدولة الفرنسى على جمل مشاركة المتعاقد رمزية . والنسبة المئوية الغالبة التى يلتزمها المجلس فى معظم أحكامه تحمّل الدولة ٩٠٪ من الخسائر^(١) وفى أحيان نادرة يحمل الدولة ٨٠٪ من الخسائر^(٢) ، أو يزيد من نصيبها فيرتفع به الى ٩٥٪ منها^(٣) .

(ج) وفى توزيع العبء بين الطرفين ، يراعى مجلس الدولة الفرنسى اعتبارات متعددة ، كموقف المتعاقد فى مواجهة الطرف الطارئ ومحاولة التغلب عليه والحالة الاقتصادية العامة للمشروع ، ومدى الاستقرار الاقتصادى فى الدولة عموما ، وتمنت الإدارة فى معاملة المتعاقد اذا وجد ، كرفضها باصرار قبول تعديل شروط العقد لمواجهة الطرف الطارئ ، كزيادة الأسعار المتفق عليها فى العقد مثلا . كما أن القاضى يستطيع أن يضع موضع الاعتبار ، العناصر التى لا تدخل فى حساب الخسائر والتى أشرنا إليها فيما سبق ، كحصول المتعاقد على أرباح قبل حلول الطرف الطارئ ، أو خلال الطرف اذا امتد لأكثر من سنة ، أو اذا حقق المتعاقد مع الإدارة أرباحا فى عقود أخرى لا علاقة لها بالعقد موضوع الدعوى^(٤) .

وتطبق المحكمة الادارية العليا فى مصر ، ذات المبادئ . فهى فى حكمها الصادر ٣١ يناير سنة ١٩٨٤ (مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ٢٩ ، ص ٥٠٥) تقرر الأصول التالية :

(١) بحث الأستاذ بيكينو السابق ، ملزمة رقم ١١ ، فقرة رقم ٤٨٣ ، ومطول دى لوبادير ، الجزء الثالث ، ص ١٢٨ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٥ فى قضية «Ville de Lagny» المجموعة ص ١٠٢٦ .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ١١ يونيو سنة ١٩٤٣ فى قضية «Min-Marine» .

(٤) حكم المجلس فى ٨ أبريل سنة ١٩٢٤ فى قضية «Sté. de Brives» المجموعة ص ١٨٧ ، وفى ١٩ فبراير سنة ١٩٢٦ فى قضية «Gaz de la ciotat» المجموعة ص ١٩٧ وفى ٢٣ يونيو سنة ١٩٢٦ فى قضية «Ete générale pour l'éclairage» المجموعة ص ٦٣٨ .

- ان أحكام نظرية الظروف الطارئة تطبيق حتى ولو نفذت
الادارة على حساب المتعاقدين المتعسر .

- كان التزام المتعاقدين ينصب على توريد شمع وتبن . وارتفع
سعر الشمع بواقع جنيه ونصف ، ولم تمتد المحكمة هذا الارتفاع
مبيرا لتطبيق نظرية الظروف الطارئة . أما سعر التبن فقد بلغت
الزيادة فيه عشرين جنيها في كل جمل ، فاعتبرت المحكمة أن هذه
الزيادة مبررة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة .

- قضت المحكمة بتوزيع الزيادة بين المورد والادارة ، بحيث
يتحمل المورد خمسة عشر جنيها ، وتحمل جهة الادارة عشرة
جنيهات ، وهو مسلك يسير على عكس ما يجرى علمه مجلس الدولة
الفرنسي الذي يحمل جهة الادارة الجانب الأكبر من الحسارة على النحو
السابق توضيحه^(١) .

الفرع الثالث

نهاية الظروف الطارئة

١ - تفترض نظرية الظروف الطارئة - كما صاغها مجلس
الدولة الفرنسي - تعرض المتعاقدين لظروف مؤقتة مصيرها الى الزوال .
ومن ثم فان النظرية تستهدف - كما ذكرنا - تمكين المتعاقدين من
التغلب على هذه الظروف ، حتى تعود الحالة الطبيعية التي أبرم
العقد في ظلها ، ويتولى كل من الطرفين تنفيذ التزاماته كما حددها
العقد ، وهذا ما وضعه مجلس الدولة الفرنسي في قضية هازبودو
التي كانت الأساس الأول لهذه النظرية حيث يقول :

«Une fois la période des difficultés passée, on reviendra à l'exécution normale du marché».

(١) أما الفوائد ، فقد أوقفت المحكمة الفصل فيها انتظارا لحكم المحكمة الدستورية
العليا على أساس مدى مخالفة الحكم بالفوائد للشرعية الاسلامية التي قضى الدستور
بأنها المصدر الرئيسي للتشريع .

وعودة التوازن المالى للمقد قد ترجع الى أحد سببين :

(أ) اما بناء على زوال الظروف الطبيعية أو الاقتصادية التى كانت سببا فى ارساق المتعاقد ، كانخفاض الأسعار الى مستواها الطبيعى ، أو عودة المصلا أو الفاء القيود الاقتصادية ... الخ . وهنا لا صعوبة فى الأمر .

(ب) واما أن تتوقى الادارة دفع التمويل ، وتقبل مختارة أن تميد النظر فى شروط العقد بما يميز اليه توازنه . وكثيرا ما تلجأ الادارة الى هذا الحل فى عقود التزام المرافق العامة ، فتقبل زيادة الرسوم التى يتقاضاها الملتزم من المنتفعين بما يحقق توازن العقد . وهكذا تفلت من دفع مبلغ التمويل من الأموال العامة . وفى الحالتين ينتهى الظرف الطارئ ، وبالتالى تتحلل الادارة من التزامها بتمويل المتعاقد .

٢ - ولكن يحدث أحيانا أن يتبين استحالة عودة التوازن المالى للمقد ، ويثبت أن المتعاقد لن يمكنه الاستمرار فى تنفيذ التزاماته المقدية الا بمعاونة دائمة من الادارة . ولما كانت نظرية الظروف الطارئة تقوم على أساس توقيت الظروف التى يمرض له المتعاقد ، فان مجلس الدولة الفرنسى قد وضع مبدأ لمواجهة هذه الحالة الاستثنائية ، وكان ذلك فى حكمة الصادر فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ فى القضية المشهورة باسم^(١) «Cie des tramways de Cherbourg» والتى تتلخص ظروفها فيما يلى : نظرا لانتشار وسائل النقل السريعة ، فان سكان مدينة شربورج قد انصرفوا عن استعمال الترام . وبالرغم من موافقة الادارة على رفع أسعار الركوب ، فان دخل المشروع كان أبعد من أن يغطى تكاليفه ، بدون امانة دائمة من الادارة ، ولم يكن ثمة أمل فى أن يعود الى توازنه الاقتصادى . فلما عرض الأمر على

(١) سبقت الإشارة إليها .

مجلس الدولة الفرنسي أكمل أحكام نظرية الظروف الطارئة ، بوضع الأحكام الكفيلة بمعالجة هذه الحالة ، وذلك على النحو التالي :

(أ) إذا ثبت استعالة زوال الظرف الطارئ ، فإن لكل من طرفي العقد الحق في أن يطلب من القاضي تسجيل تلك الحالة . وإذا تم ذلك تحررت الإدارة من التزامها بالتمويض^(١) .

(ب) على الطرفين في هذه الحالة ، محاولة التفاهم على إعادة النظر في شروط العقد بما يجعله قابلا للحياة ، كمحاولة الاسماضة عن وسائل النقل المتيقة ، بوسيلة حديثة ، تميد للمرفق توازنه الاقتصادي .

(ج) إذا عجز الطرفان عن الوصول الى مثل الحل السابق ، فلا مناص من الحكم بفسخ العقد ، وينطق القاضي بهذا الفسخ اما بناء على طلب الادارة أو بناء على طلب المتعاقد . وقد يصحب الفسخ حكم بالتمويض لمصلحة أحد الطرفين إذا تكشف موقف الطرف الآخر عن تمتع كان هو السبب في عدم الوصول الى اتفاق جديد . وسوف نرى أن مجلس الدولة الفرنسي يعتبر مثل هذه الحالة من قبيل القوة القاهرة التي تؤدي الى انتهاء العقد .

وفي هذه الخصوصية تختلف نظرية الظروف الطارئة في القانون العام عنها في القانون الخاص : ففي هذا القانون الأخير ، لا يستطيع القاضي أن يحكم بفسخ العقد كما رأينا . وإذا كانت المبادئ التي

(١) جاء في تقرير المفوض «Josses» في هذه القضية قوله :

«Toute la théorie de l'imprévision est basée sur cette idée que la période extraccontractuelle est temporaire ? Si l'équilibre de la concession est définitivement compromis, il faut donc trouver autre chose».

وجاء بالحكم قول المجلس :

«Dans le cas où les conditions économiques nouvelles ont créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, le cédant ne saurait être tenu d'accuser aux frais des contribuables, et contrairement aux prévisions essentielles du contrat, le fonctionnement d'un service qui a cessé d'être viable».

(م - ٤٥ المقود الإدارية)

قررها مجلس الدولة الفرنسى فى حكم ترام شربورج السابق ، ذات طابع عام ، وتصدق بالنسبة الى جميع العقود الادارية ، الا أنها فى الواقع من الأمر ، لم تطبق عملا الا بالنسبة الى عقود الامتياز لأنها وحدها التى يتراخى تنفيذها مددا طويلة تسمح بتطبيق المبادئ السابقة . هذا وقد تدخل المشرع الفرنسى ، وتبنى الأحكام التى وضع مجلس الدولة الفرنسى أساسها فى قضية ترام شربورج ، وضمتها بعض التشريعات التى أصدرها فى هذا الخصوص ، والتى لا داعى لشرحها فى هذا المؤلف العام ^(١) .

الفرع الرابع

أحكام الاستناد الى نظرية الظروف الطارئة

ونختتم دراسة نظرية الظروف الطارئة ، ببيان الأحكام التى تنظم كيفية الاستفادة من النظرية ، فنتناول على التوالى دراسة :

أولا - أوضاع التمسك بالنظرية .

ثانيا - الاتفاقات التى ترد بخصوص نظرية الظروف الطارئة .

١ - أوضاع التمسك بالنظرية

١ - من الذى له أن يتمسك بالنظرية ؟ لا صعوبة فى الاجابة على هذا التساؤل فى نطاق القانون الخاص ، فالمادة ١٤٧ المشار إليها ، تجعل حق التمسك بالنظرية للمدين فى كل عقد ، متى استوفيت شروط تطبيق النظرية وذلك دون تمييز بين المتماقدين . وبالتالي فإنه مما لا شك فيه أن للسلطات العامة الحق فى التمسك بالنظرية فى نطاق عقود القانون الخاص التى تديرها الادارة . وفى هذا المعنى يقول الدكتور السنهورى فى وسيطه « . فللحكومة أيضا أن تتمسك قبله (المتماقد الآخر) بهذه النظرية اذا كانت الصفقة التى عقدها

(١) راجع شرحها فى مطول الأستاذ دى لوبادير فى العقود ، الجزء الثالث ص ١٣٣ وما بعدها .

تهددها بخسارة فادحة بالنسبة الى الصفقة ذاتها ، ولا يعتمد بأن الحكومة لا يرهقها أن تتحمل هذه الخسارة اذ هي شيء هين بالنسبة الى ميزانيتها الضخمة^(١) » .

أما في نطاق القانون العام ، فإن المسألة لم تشر عملا فيما يتعلق بتمسك الادارة بنظرية الظروف الطارئة^(٢) . ولكن ليس هناك أى مانع قانوني يحول بين الادارة وبين الاستناد الى هذه النظرية ليتحمل المتعاقد معها جانبا من الخسائر المرهقة التي تترتب على الظرف الطارئ^(٣) . ولا شك في أن التطبيقات العملية لهذا الفرض سوف تتوالى في المستقبل نظرا الى انتشار المشروعات الاقتصادية المؤممة ، والتي تعتبر من أشخاص القانون العام اذا أديرت في صورة هيئة عامة ، وسوف تضطر الهيئات العامة الى التمسك بالنظرية في عقودها مع الجهات الادارية الأخرى ومع الأفراد على السواء .

٢ - يتبين مما سبق أن التطبيقات القضائية لنظرية الظروف الطارئة في المجال الاداري تقتصر حتى الآن على الطلبات الصادرة من الأفراد . ولا صعوبة في الأمر اذا قدم الطلب من المتعاقد الأصلي ، ولكن الأمر يحتاج الى شيء من التوضيح في حالة تغير هذا المتعاقد في الحالات الآتية :

(أ) حالة التنازل عن العقد بموافقة الادارة «cession autorisée»
ان موافقة الادارة على التنازل عن العقد ، يؤدي الى خلق علاقة قانونية مباشرة بينها وبين المتنازل اليه ؛ وبالتالي فان التنازل اليه يستطيع أن يمارس حقوق المتعاقد الأصلي في مواجهة الادارة ، ومن هذه الحقوق المطالبة بتمويض عن الظروف الطارئة . ولكن من أى تاريخ يستطيع المتنازل اليه أن يتمسك بالظروف الطارئة ؟ هل يستطيع أن يطالب بالتمويض عن ظروف طارئة ترجع الى تاريخ يسبق حصول

(١) الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص ٦٤٥ .
(٢ و ٣) دى لوبادير ، الجزء الثالث ، ص ٨٦ .

التنازل ؟ أم يتمين أن تطرأ الظروف عقب هذا التاريخ الأخير ؟ لقد تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص :

ففي حكمه الصادر في ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ في قضية «Sauvage»^(١) . أخذ المجلس بوجهة النظر الثانية . ولكنه عدل بعد ذلك عن هذا القضاء ، وخول المتنازل اليه الحق في المطالبة بالتعويض عن جميع الظروف الطارئة التي يكون من حق المتعاقد الأصلي المطالبة بالتعويض عنها . ولا شك أن هذا الحل الأخير أسلم من الناحية القانونية ، مادام أن المتنازل اليه يحل محل المتعاقد الأصلي بموافقة الإدارة^(٢) .

(ب) حالة التنازل عن العقد بغير موافقة الإدارة : الأصل أنه لا يمكن التمسك بهذا التنازل في مواجهة الإدارة كما رأينا . ومع ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي قد خول المتنازل اليه التمسك بنظرية الظروف الطارئة ، إذا قام بتنفيذ العقد ، وتحققت شروط النظرية ، ولكن مع ارجاع أساس التمييز الى المسؤولية شبه التعاقدية (responsabilité quasi contractuelle)^(٣)

(ج) حالة موت المتعاقد وحلول الورثة محله في تنفيذ العقد :

(١) المجموعة ، ص ٢٩٠ .
(٢) حكم المجلس الصادر في ٢٨ يناير سنة ١٩٤٤ في قضية «Cno de Wimille»
المجموعة ص ٣٥ وفي ١٠ يوليو سنة ١٩٤٩ في قضية «Ville d'Elbeuf» مجموعة
سيرى ، سنة ١٩٥٠ ، القسم الثالث ص ٦١ . وتجرى صيغة المجلس التقليدية على
النحو التالي :

«Le cessionnaire peut prétendre à une indemnité à compter du jour où il a personnellement entrepris l'exploitation s'il est établi que dès cette date l'économie du traité initial a été bouleversée par des circonstances qui n'avaient pu être prévues lors de sa conclusion».

(٣) حكم المجلس في ٢٧ يونيو سنة ١٩٣٠ في قضية (Philippe) وفي ١٦ يناير سنة ١٩٣١ في قضية (Bonniol) مجموعة سيرى سنة ١٩٣١ القسم الثالث .
ص ٥٧ مع تعليق مستر . ومنشور أيضا في مجموعة دالوز سنة ١٩٣١ القسم
ص ٥ مع تعليق (Blaevost) .

ويعامل مجلس الدولة الفرنسى هذه الحالة معاملة التنازل عن المقد
بموافقة الادارة والذي عرضنا لأحكامه فيما سبق^(١) .

٣ - ممن يقدم طلب التمويل ومن يطلب التمويل ؟ لا صعوبة
فى الاجابة على هذا السؤال : ففيما يتعلق بشرطه الأول ، فان طلب
التمويل يقدم من المتعاقد الأصل أو من يحل محله على التفصيل
السابق . أما فيما يتعلق بالشرط الثانى ، فان التمويل يطلب من
جهة الإدارة المتعاقدة . وكل ما أثر فى هذا الخصوص ، هو مدى حق
هذه الجهة فى الرجوع بالتمويل على الجهات الادارية الأخرى التى
كانت السبب فى أحداث الظرف الطارئ الذى نجم عنه الضرر .
ولقد طرح هذا التساؤل على بساط البحث لأول مرة أمام مجلس
الدولة الفرنسى فى قضية (Ville d'Elbeuf) والتى أشرنا إليها فيما سبق ،
فقد كان مرجع الظرف الطارئ الذى عوض عنه مجلس الدولة
الفرنسى صدور تشريعات تتعلق بتنظيم الأسمار مما ترتب عليه
ارهاق المتعاقد مع بلدية البيف . فلما حكم على البلدية بالتمويل ،
حاولت أن ترجع بالتمويل على الدولة (actions récursoire) ، فرفض
المجلس دعوى التمويل المرفوعة من البلدية ، ذلك لأن مسئولية
الدولة عن التشريع لا يمكن أن تتحقق الا بتوافر شروط قاسية من
المسير تحققها^(٢) .

٤ - متى يقدم طلب الاستفادة من النظرية ؟ يمكن للمتعاقد أن
يطلب التمويل عن الظرف الطارئ من أول لحظة يتحقق فيها هذا
الظرف وفقا للشروط التى أوردناها فيما سلف ، وذلك أثناء تنفيذ
العقد ، أو حتى بعد تنفيذه . وهذا ما تؤكد معكمه القضاء الادارى
فى حكمها الصادر فى ١٤ أبريل سنة ١٩٦٠ (السنة ١٤ ص ٣٦)
فبعد أن حددت شروط الظرف الطارئ استطردت قائلة « ٠٠٠ فاذا
ما توافرت هذا الشروط يستوى أن يطالب المضرور بالتمويل خلال

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ فى قضية (Dupart)
المجموعة ص ١٠٨٥ .

(٢) راجع مؤلفنا « القضاء الادارى ورقابته لأعمال الادارة » المرجع السابق .

تنفيذ المقد أو بعد وفائه بالتزامه التعاقدى ٠٠٠ » ويتعين على المتعاقد الانتظار حتى تمام التنفيذ إذا كان من غير الممكن تقدير مدى الخسائر المترتبة على الظروف الطارئة قبل هذا الوقت . وفى هذه الصورة يتولى المتعاقد تقدير الخسائر النهائية التى لحقت مع جراء التنفيذ مع قيام الظرف الطارئ ، ويطلب بها الادارة ، ويبدأ التقادم من هذا الوقت^(١) .

غير أننا نرى أنه لا مانع من المطالبة بتمويض مؤقت عن الظرف الطارئ لمعاونة المتعاقد على الاستمرار فى تنفيذ عقده إذا كان من شأن هذا الظرف أن يستمر مدة طويلة ، وليس فى وسع المتعاقد أن ينتظر حتى زواله ، فمثل هذا الحل لا يتنافى مع القواعد العامة فى تقدير التمويض ، فضلا عن أنه يتفق والحكمة التى تقوم عليها النظرية وهى معاونة المتعاقد على التغلب على الظرف الطارئ ومواصلة التنفيذ تحقيقا للصالح العام ، واعمالا لمقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واستمرار .

غير أن مجلس الدولة الفرنسى يستلزم من ناحية أخرى أن يطالب المتعاقد بالتمويض عن الظروف الطارئة أمام محكمة الدرجة الأولى المختصة بحيث لا يستطيع المتعاقد ، الذى يهمل هذا الحق أمام تلك الجهة ، أن يطالب بالتمويض لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية^(٢) .

٢ - § الاتفاقات بخصوص الظروف الطارئة

قد تضمن الادارة عقودها مع الأفراد شروطا متنوعة بخصوص مواجهة الظروف التى تطرأ فى المستقبل ، وتؤدى الى ارهاق

(١) حكم المجلس الصادر فى ١١ يونية سنة ١٩٤٢ فى قضية (Sté. des grands travaux de Marseille) المجموعة ص ١٤٨ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ فى قضية (Ville de Belfort) المجموعة ص ٥٧ وفى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٠ فى قضية (Ville de Commercy) المجموعة ص ٩٦ .

المتعاقد • فما مدى شرعية هذه الشروط ؟ تختلف الاجابة عن هذا السؤال باختلاف الفروض على النحو التالى :

أولا : الشروط التى تؤدى الى استبعاد المسؤولية •

«Les clauses excluant l'indemnisation du contractant».

كان تشترط الادارة على المتعاقد معها مقدما النزول عن كل حق فى المطالبة بالتعويض عن الظروف التى تطرأ بعد التعاقد • فاذا قبل المتعاقد هذا الشرط ، فان قضاء مجلس الدولة الفرنسى يجرى فى الوقت الحاضر على عدم مشروعية هذا النزول^(١) •

وكان المجلس قد أخذ بوجهة النظر الأخرى فى بعض أحكامه القديمة^(٢) •

ولا شك أن مجلس الدولة الفرنسى فى قضائه الحديث قد عاد الى المسك السليم ، ذلك أن نظرية الظروف الطارئة لا تعنى مجرد حصول المتعاقد على تعويض مالى ، ولكنها تستهدف تمكينه من التغلب على الصعاب المتولدة عن الظروف الطارئة ومواصلة التنفيذ تحقيقا لمخير الجماعة • وعلى هذا الأساس فانها تتصل بالنظام العام • وما يؤيد ذلك أن المادة ١٤٧ من القانون المدنى قد نصت صراحة على بطلان مثل هذه الاتفاقات بقولها : « ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » • فاذا كان هذا هو الشأن بالنسبة الى عقود القانون الخاص غير ذات الصلة بالمصلحة العامة ، فان الحكم يصدق من باب أولى بالنسبة الى العقود الادارية ذات الصلة الوثيقة بالمرافق العامة كما رأينا • وهذا هو المسلك الذى تعتنقه محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ١٤ أبريل سنة ١٩٦٠ (سبق) حيث تؤكد ، ان جهة الادارة « لا تملك أن تضع شرطا يحول بين المتعاقد وبين التمسك بالقوة القاهرة أو الظروف الطارئة اذا وقع أيهما وتكاملت

(١) حكمه الصادر فى ١٠ مارس سنة ١٩٤٨ فى قضية (Hospices de Vienne) وقد سبق الإشارة اليه •

(٢) حكمه الصادر فى ٢ فبراير سنة ١٩٢٣ فى قضية (Ville de Châteaudun)

شرائطه . ومناطق هذا الحكم يرد الى طبيعة العقود الادارية التي من شأنها أن ترتب لكل من المتعاقدين التمسك بأى من هذين الحدين ، فإذا كانت الادارة قد أخذت على المدعى التمسك بمسدم الاحتجاج عليها بالقوة القاهرة أو الظرف الطارئ ، فإن هذا الاشتراط غير مشروع لا يمتد به » .

ثانيا : الشروط التي تتوقع الظرف الطارئ وتحدد التمويض على أساس معين (Les clauses de variation ou révision des prix) .

هل يجوز للمتعاقد أن يلجأ الى القضاء للمطالبة بالتمويض عن الظروف الطارئة على أساس غير المنصوص عليه فى العقد ؟ يجب مجلس الدولة الفرنسى بالاجاب عن هذا التساؤل فى حالتين :

(أ) الحالة الأولى : اذا لم يمكن تطبيق الشروط المنصوص عليها فى العقد : وهذه الحالة طبيعية ، وترجع فى معظم الحالات الى التشريعات الاجتماعية التى تجمد الأسعار والأجور عند حد معين . وهذا هو المبدأ المستمد من حكم المجلس فى قضية (Ville d'Elbeuf) وقد سبقت الاشارة اليها .

(ب) والحالة الثانية : اذا لم تؤد الشروط المنصوص عليها دورها الطبيعى الذى يتفق ونية الطرفين^(١) .

«La clause, en fait, n'a pas joué dans des conditions normales conformément aux prévisions des parties».

وذلك اذا أثرت الظروف الجديدة فى عناصر أخرى فى العقد لم تكن محل اتفاق بين الطرفين مثلا .

(١) حكم المجلس الصادر فى ٣٠ مارس سنة ١٩٣٧ فى قضية (Sté. de distrib. de l'Ouest) المجموعة ص ٢٦٦ وفى ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٧ فى قضية (Dep. des côtes-du-Nord et Duco) المجموعة دالوز سنة ١٩٣٨ ، القسم الثالث ، ص ٤٦ وفى ١١ يونية سنة ١٩٤٧ فى قضية (Nadand) وفى ٥ فبراير سنة ١٩٥١ فى قضية (Sté. des grands travaux de Marseille) المجموعة ص ٦٨ .

وفى هاتين الحالتين ، لا يستطيع المتعاقد أن يجمع بين التمييز المتفق عليه فى العقد ، والتمييز القضائى ، بل ينحصر حقه فى الحصول على الأعلى من هذين التمييزين^(١) .

ثالثا : شرط الفسخ (clause de résiliation) اذا تضمن العقد - أو دفتر الشروط - نصا يخول للمتعاقد الحق فى طلب فسخ العقد فى حالة قيام الظروف الطارئة فان مثل هذا الشرط - وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسى الحالى - لا يحول بين المتعاقد وبين المطالبة بالتمييز على أساس نظرية الظروف الطارئة^(٢) .

رابعا : الاتفاقات التى تتم بين الادارة وبين المتعاقد بمد نفاذ العقد : هذه الاتفاقات لا تؤثر على حق المتعاقد فى المطالبة بالتمييز على أساس الظروف الطارئة ، اذا ثبت أنها لم تنجح فى تلافى الاختلال فى اقتصاديات العقد . فاذا قبل المتعاقد مثلا زيادة فى الأسعار التى يتقاضاها من المتنفعين ، وتبين بعد ذلك أن تلك الزيادة لم تنجح فى مواجهة الظرف الطارئ ، فان ذلك لا يمنعه من الالتجاء الى القضاء الادارى للمطالبة بالتمييز^(٣) .

خامسا : الاتفاقات التى تعتمد بين الادارة وبين المتعاقد بقصد تنظيم الظرف الطارئ : وهذه الاتفاقات مشروعة - بطبيعة

(١) حكم المجلس الصادر فى ٣ فبراير سنة ١٩٣٦ فى (Commune de Turvec) المجموعة ص ٥ حيث يقول :

«Le cocontractant a droit à la plus élevée des indemnités qu'il peut réclamer, soit au titre de l'imprévision soit par application des clauses de contrat».

(٢) ذهب مجلس الدولة الفرنسى أولا وفى حكمه الصادر فى ١١ يوليو سنة ١٩٢٦ فى قضية (Morelle) المجموعة ص ٥٦٣ الى أن هذا الشرط يتنافى مع المطالبة بالتمييز ، ولكنه عدل بعد ذلك عن هذا القضاء . راجع حكمه الصادر فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ فى قضية (Mas Gayet) المجموعة ص ٨٣٦ وفى ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٦ فى قضية (Péperet) المجموعة ص ٤٢٤ وفى ٢٨ أغسطس سنة ١٩٤٢ فى قضية (Etal. Moisanet) مجموعة مبرى سنة ١٩٤٥ ، القسم الثالث ، ص ١ مع تعليق مستر . وفى ٧ مايو سنة ١٩٤٨ فى قضية (Royer) المجموعة ص ١٩٩ .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ فى قضية (Cie générale pour l'éclairage) المجموعة ص ٩٠٦ ، وفى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٧ ، فى قضية (Peto) المجموعة ص ٦٤٧ .

الحال - فلقد سبق أن ذكرنا أن مجلس الدولة الفرنسي يجرى باستمرار على دعوة الطرفين المتنازعين الى حل النزاع بينهما بطريق ودي ، وأنه لا يحكم بالتعويض الا في حالة عجز الطرفين عن الوصول الى ذلك الحل . فاذا ما نجح الطرفان في الاتفاق على كيفية تعويض آثار الظروف الطارئة بعد تحققها ، فلا شك في سلامة مثل هذا الاتفاق . ولا يقبل مجلس الدولة من أحد الطرفين المنازعة فيه . ويقتصر دوه على تطبيق شروط الاتفاق اذا حدث بشأنها نزاع^(١) .

المبحث الثالث

نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

«Théorie des sujétions imprévues»

وهي ثالث وآخر النظريات التي خلقها مجلس الدولة الفرنسي لتأمين التعاقد مع الادارة ضد المخاطر التي تعرض له في تنفيذ التزاماته العقدية .

وتدرس هذه النظرية وفقا للترتيب الذي التزمناه في دراسة نظرية الظروف الطارئة ، فنتناول على الترتيب : التعريف بالنظرية ، وشروط تطبيقها ، ثم ما يترتب عليها من نتائج .

الفرع الأول

التعريف بالنظرية وأساسها

١ - هذه النظرية من خلق القضاء الإداري كشقيقتها الأخريين ، ولكنها قديمة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، وترجع تطبيقاتها الى منتصف القرن التاسع عشر^(٢) . ويمكن اجمالها فيما يلي : اذا ما صادف التعاقد في تنفيذ التزاماته صعوبات «des difficultés

(١) حكمه الصادر في ١٧ يناير سنة ١٩٥١ في قضية (Hospices de Montpellier) المجموعة ص ٧٧٧ .

(٢) راجع في هذا الخصوص مقال الأستاذ فالين ، بعنوان : «l'évolution récente des rapports de l'Etat avec ses contractants» منشور في مجلة القانون العام ، سنة ١٩٥١ ، ص ٢٧ وما بعدها .

«d'un caractère absolument matérielles» ذات طبيعة استثنائية خالصة «anormal» ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد ، وتؤدي الى جعل تنفيذ العقد مرهقا ، فان من حقه أن يطالب بتمويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار .

٢ - وتطبيقات هذه النظرية الغالبة تتواجد في مجال عقود الأشغال العامة . بل ان الفقيه دي لوبادير ، يؤكد أنه لا توجد تطبيقات قضائية لهذه النظرية في خارج نطاق عقود الأشغال العامة^(١) . ولكنه سلم في ذات الوقت ، بأنه لا توجد أسباب قاطعة ، تحول دون تطبيق النظرية - متى توافرت شروطها - في مجال العقود الادارية الأخرى^(٢) .

وهذا هو الرأي الذي يقول به أيضا الفقيه جيز^(٣) ، والفقيه بيكنيو^(٤) ، وان كان قضاء مجلس الدولة الفرنسي لا يشجع على التسليم به : ففي إحدى القضايا رفض أن يعوض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، وكانت ظروفها كما يلي : حدث زلزال شديد حطم الأسلاك الممدودة تحت الماء ، والتي يعتمد عليها الملتزم في استغلال المرفق العام . فلما طالب الملتزم بنفقات اصلاح هذه الأسلاك على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، رفض المجلس ، وان كان قد سمح له بالاستناد الى نظرية الظروف الطارئة^(٥) .

٣ - ويحدث أحيانا أن تتوقع شروط العقد الصعوبات المادية

(١) مطوله في المقود ، الجزء الثالث ، ص ١٠ حيث يقول :

«Ce n'est guère que dans le contentieux de ce marché que l'on en trouve des applications, et c'est dans ce cadre qu'on l'étudiera.»

(٢) مطول دي لوبادير ، المشار اليه في الهامش السابق .

(٣) مطوله في المقود ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٨٠٥ .

(٤) بحثه السابق ، الملزمة رقم ٥٢٥ ، بند رقم ١٠٤ .

(٥) حكم المجلس الصادر في ٢١ أبريل سنة ١٩٤٤ في قضية (Cie française des câbles telegraphiques)

المجموعة ص ١١٩ .

التي قد يصادفها المتعاقد ، وتنظم أسس التعويض عنها ، وإن كان ذلك نادر الحصول عملا . ولكن مجلس الدولة الفرنسي يطبق النظرية حتى ولو خلا العقد من النص عليها . ولكن ما الحل لو نص العقد صراحة على استبعاد المسؤولية على أساس الصعوبات المادية غير المتوقعة ؟ لقد طرح هذا التساؤل على بساط البحث أمام مجلس الدولة الفرنسي ، بالنسبة الى الشروط التي ترد في بعض العقود الادارية ، والتي تحمل المتعاقد مخاطر التنفيذ ايا كانت طبيعة الأرض ، أو الصعوبات التي يصادفها عند التنفيذ^(١) . ويفسر مجلس الدولة الفرنسي تلك الشروط على أنها تمنى الصعوبات العادية «Les difficultés normales» أما بالنسبة الى الصعوبات غير العادية والاستثنائية «Les difficultés véritablement exceptionnelles» فان للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض عنها رغم تلك الشروط^(٢) .

غير أن وجود مثل هذه الشروط في عقد من العقود ، يجعل القاضي يتشدد في اعتبار صعوبات معينة من قبيل الصعوبات التي تخول الحق في التعويض على أساس هذه النظرية^(٣) .

٤ - ولكن ما هو الأساس القانوني لهذه النظرية ؟

(١) يقال عادة أن مرجع هذه النظرية الى « النية المشتركة للطرفين المتعاقدين » «La commune intention implicite des parties»

على أساس أن السعر المتفق عليه في العقد إنما قصد به مواجهة التنفيذ في ظروف عادية . أما الصعوبات غير المتوقعة ، والتي لم تخطر ببال الطرفين ، فيفترض أنهما قصدا أن يقدر مقابلها بطريقة خاصة .

(١) تجرى صيغة تلك الشروط على النحو التالي :
«Quelles que puissent être les difficultés rencontrées .»

(٢) حكم المجلس الصادر في ٢٧ مارس سنة ١٩٠٣ في قضية (Commune de Jeumont) المجموعة ص ٢٢٨ وفي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ في قضية «Etabl. Descours» المجموعة ص ١١٠٠ وفي ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٨ في قضية (Gouv. gén. de l'Indochine) المجموعة ص ٩٣٧ .

(٣) حكم المجلس الصادر في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٦ في قضية (Bové) المجموعة ص ٢٩٧ وفي ٢٩ أبريل سنة ١٩٥٣ في قضية (Commune de Molesme) مجلة القانون العام سنة ١٩٥٤ ص ١٩٧ .

ومن هذا الرأى الفقيه جيز ، الذى يقرر صراحة^(١) :

«La commune intention des parties lors de la passation du marché a été d'appliquer aux sujétions imprévues des prix spéciaux».

ويتبنى مجلس الدولة الفرنسى هذا الأساس فى بعض أحكامه^(٢) .
ولكن هذا التبرير تمسقى فى كثير من الحالات ، لا سيما اذا لاحظنا
أن مجلس الدولة الفرنسى يطبق النظرية رغم احتواء العقد على شرط
صريح باستبعادها .

(ب) وذهب الفقيه بيكينو الى رد هذه النظرية الى نظرية عمل
الأمير أو الى فكرة المسئولية التقصيرية للإدارة . ولكن هذا التبرير
لا يكفى لمواجهة جميع الفروض ، اذ كثيرا ما يكون مرجع الصعوبات
المادية الى غير عمل الإدارة .

(ج) ولهذا فإن الرأى الراجح ، يعتبر هذه النظرية القضائية
وليدة اعتبارات العدالة ، والطبيعة الذاتية للمعقود الادارية ، نظرا
للملاقة الوثيقة بين المعقود الادارية وبين المرافق العامة ، تلك العلاقة
التي تجعل من المتعاقد معاونا ومساعدوا للإدارة فى تسيير تلك
المرافق . وهذا هو الرأى الذى رجحه كل من الفقيهين فالين^(٣) ،
ودى لوبادير^(٤) .

٥ - وبالرغم من حداثة القضاء الادارى فى مصر بصفة عامة ،
وحداثة اختصاصه فى مجال المعقود الادارية مع ناحية خاصة ، فقد
أتيح له أن يطبق هذه النظرية ، وأن يعرفها تعريفا مفصلا فى بعض

(١) مطوله فى المعقود ، الجزء الثانى ، ص ٦٩١ .

(٢) فهو يقرر مثلا فى حكمه الصادر فى ٥ يوليو سنة ١٩٢٩ فى قضية «Yaher»
(المجموعة ص ٦٧٦) أن :

(Le dit prix ne devait dans la commune intention des parties s'appliquer qu'aux
natures de terrains en vue desquelles il avait été établi. Le sieur Y ... s'est trouvé
en présence d'une situation absolument différente de celle qui avait été envisagée lors
de l'adjudication).

(٣) مقاله السابق ، المنشور فى مجلة القانون العام سنة ١٩٥١ ، والمشار اليه
فيما سبق .

(٤) مطوله فى المعقود ، الجزء الثالث ، ص ١٣ و ١٤ .

أحكامه ، لاسيما حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧^(١) حيث تقول :

« ومن حيث ان المدعى يؤسس طلب التعويض فى هذه الحالة على النظرية المعروفة بنظرية « الصعوبات غير المتوقعة » *Les sujétions imprévues* وهى من النظريات التى ابتكرها الفقه والقضاء الإدارى ، ومقتضاها أنه عند تنفيذ العقود الإدارية ، وبخاصة عقود الأشغال العامة ، قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل فى حساب طرفى العقد وتقديرهما عند التعاقد ، وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة ، وأكثر كلفة ، فيجب - من باب العدالة - تمويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها فى العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التى تحملها اعتبارا بأن الاسعار المتفق عليها فى العقد لا تسرى الا على الأعمال المادية المتوقعة فقط ، وأن هذه هى نية الطرفين المشتركة • والتعويض هنا لا يتمثل فى معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد منها ، بل يكون تمويضا كاملا عن جميع الأضرار التى يتحملها المتعاقد بدفع مبلغ اضافى له على الأسعار المتفق عليها • وبذلك تختلف هذه النظرية من حيث سببها النتائج المترتبة عليها عن نظرية « الظروف الطارئة » *(Théorie de l'imprévision)* التى تطبق بسبب ظروف سياسية أو اجتماعية ينشأ عنها قلب اقتصاديا العقد أو اختلال توازنه المالى ، ويقتصر التعويض فيها على قدر محدود تساهم فيه جهة الإدارة • كما تختلف أيضا عن حالة القوة القاهرة فى أنه يكفى فى حالة الصعوبات غير المتوقعة أن يصبح التنفيذ أشد عسرا وأكثر كلفة ، فى حين أنه فى حالة القوة القاهرة يجب أن يصبح التنفيذ مستحيلا • كما أنه يترتب على القوة القاهرة اما وقف التنفيذ أو فسخ العقد • أما فى حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة • فانه يفترض على العكس

(١) القضية رقم ٧٨٩٢ لسنة ٨ قضائية ، الما قول السيد مراد طه الماروط ضد وزارة الأشغال ، وقد نشر ملخص القضية فى مجموعة أحكام المحكمة ، السنة ١١ ، ص ١٥٢ .

الاستمرار فى التنفيذ • بسبب هذا الوضع الخاص للنظرية يشترط
لاستحقاق التعويض المترتب عليها توافر شروط خاصة يمكن اجمالها
بصفة عامة فيما يلى :

أولا : أن تكون الصعوبات مادية وغير عادية أو استثنائية •

ثانيا : أن تكون الصعوبات طارئة أى غير متوقعة أو مما لا يمكن
توقعة أو لم يكن فى الوسع توقعها عند التعاقد •

ثالثا : أن يترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها
فى العقد وتزيد فى أعباء المتعاقد مع الادارة •

وفى هذه الحدود والضوابط يكون من حق المتعاقد مع الادارة
الرجوع عليها بالتعويض • أما اذا تخلف شرط من هذه الشروط فان
النظرية لا تطبق ، ولا يستحق المتعاقد مع الادارة أى تعويض •

« ومن حيث ان شرط الصعوبة غير المادية أو الاستثنائية يختلف
تحققه باختلاف الحالات التى تعرض فى مجال التطبيق ، وهو فى
مجال خصوصية المنازعة المالية لا يتوافر لمجرد أن الطبقة التى
صادفها المدعى (وهو يتولى تطهير ترعة) كانت ذات صلاية غير
عادية ، بل يجب أن تكون هذه الطبقة امتدادا غير عادى أيضا ، بأن
تكون لمساحات واسعة أو بنسبة كبيرة من مجموع المنطقة محل العقد •
وبهذا وحده يتحقق المراد من اعتبار الصعوبة غير عادية أو
استثنائية ، لأنه يدل على طبيعة أصلية فى التربة ذاتها •

« ومن حيث ان كميات العقد المبرم مع المدعى جملتها ١٨٧٥٧٤
مترا مكعبا ، بينما بلغت الطبقة الصخرية ١٢٧٢ مترا مكعبا قام
المدعى بتشغيل ١٢١٠ مترا مكعبا منها ، وهى كمية قليلة ، ونسبتها
ضئيلة بالنسبة الى كميات العقد ، ومجموع كلياته ، اذ أنها عبارة
عن متر مكعب واحد فى كل ١٥٥ مترا مكعبا بالتقريب • وبهذه
النسبة لا يمكن اعتبارها صعوبة غير عادية فى التنفيذ بالمعنى
المقصود من ذلك فى نظرية الصعوبات غير المتوقعة •

« ومن حيث انه فضلا عما تقدم فان الشرط الخاص بوجوب أن تكون الصعوبة طارئة أى متوقعة أو مما لا يمكن توقعة أو ليس فى الوسع توقعها ... هذا الشرط ينطوى الى حد كبير على معنى المفاجأة فى صورة معينة ، كان يجد المتعاقد مع الادارة نفسه ازاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها لانباء على دفتر الشروط ولا من دراسته الأولية للمشروع أو بالرغم مما نبه اليه أو ما اتخذ من حيلة لا تفوت على الشخص البصير بالأمور قبل الاقدام على المساهمة فى تسيير المرفق العام والتعاقد بشأنه . وظاهر من الأوراق أن المدعى ليس غريبا عن هذه العملية ، بل هو عليم بها ، بل بالمنطقة محل التعاقد بالذات ، كما أن فى شروط العقد ما يكفى لتنبيهه الى أخذ الحيلة اللازمة لمواجهة الحال التى يتضرر منها ، بل ان فيها ما يشير صراحة الى أنه قد يواجه طبقة صخرية ... »

ومن حيث انه على مقتضى ما تقدم يكون قد تغلف فى شأن الواقعة محل النزاع الشروط الواجب توافرها لاستحقاق التمييز على أساس نظرية الصعوبات غير المتوقعة التى يستند اليها المدعى ، ومن ثم تكون طلباته فى هذا الخصوص على غير أساس ... »

ونجد خلافا فى التقدير - بهذا الصدد - بين محكمة القضاء الادارى والمحكمة الادارية العليا فى الحكم الصادر من هذه المحكمة الأخيرة فى ١٤ يونية سنة ١٩٦٩ (س ١٤ ، ص ٧٧٨) فقد تعاقد أحد المقاولين مع الادارة لحفر وردم خنادق ، ورمى بربايخ ، وبناء حجرات التفتيش الخاصة بمشروع منطقة سنترال المباسية . وعند التنفيذ تبين أن الأرض محل الحفر كانت مئ ضمن توسيع الشارع ، وأن تحت الأرض أساسات خرسانية وخزانات مجارى ومياه لم يسبق لها مثيل ، أدت الى تأخير التنفيذ . فلما وقعت عليه الادارة غرامات التأخير ، طالب باسقاط هذه الغرامات ، وبتعويضه عن الصعوبات المادية غير المتوقعة ، فأجابته محكمة القضاء الادارى الى طلبه استنادا الى النظرية التى ندرسها . ولكن المحكمة الادارية العليا ألغت حكم

حكم محكمة القضاء الادارى ، استنادا الى أن البند ١٣ من الشروط العامة يلزم المقاولين بأن يتحروا بأنفسهم عن طبيعة التزاماتهم ، وأنهم مسئولون عن كل الصعوبات التى تصادفهم منظورة أو غير منظورة - فالمحكمة تقرر النظرية ، ولكنها لم تقصر تطبيقها لتخلف شروطها .

ومن هذا العرض نرى أن مجلس الدولة المصرى يسلم بالنظرية ، و«وف نرى فيما بعد أن محكمة القضاء الادارى قد طبقتها فى حكمها الصادر فى ٥ مايو سنة ١٩٥٣ (س ٧ ، ص ١٠٤٧) .

الفرع الثانى

شروط تطبيق النظرية

لكى تطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، يجب أن يتوافر فى الصعوبات التى يصادفها المتعاقد أثناء التنفيذ شروط معينة ، أشارت إليها محكمة القضاء الادارى فى حكمها السابق ، ونتولى تفصيلها فيما يلى :

أولا : يجب أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية «d'ordre materiel»

وهذه الصعوبات المادية ، ترجع فى أغلب الحالات الى ظواهر طبيعية . ومن ثم فإن أكثر التطبيقات تتعلق بصعوبات مادية مرجعها الى طبيعة الأراضى التى تنفذ فيها الأشغال العامة ، كأن تتكشف الأرض عند التنفيذ عن طبيعة صخرية فى حين أن التنفيذ الطبيعى للعقد يفترض طبيعة سهلة . ومما له دلالة فى هذا الخصوص أن معظم الأحكام التى صدرت من مجلس الدولة المصرى فى هذا المجال حتى الآن كانت الصعوبات المادية فيها من هذا القبيل : ففى حكمى محكمة القضاء الادارى الصادرين فى ٥ مايو سنة ١٩٥٣ ، وفى ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧ ، كان موضوع الأشغال العامة محل التعاقد ، تطهير ترعة ، وبدلا من أن يجد المتعاقد طمياً يمكن حفره بالفتوس العادية ، اذ به يصادف طبقات صخرية ، وأتربة متكتلة . تحتاج الى استعمال (م - ٤٦ العقود الادارية)

آلات قطع الأحجار . وقد طبقت المحكمة النظرية في حكمها الصادر في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (وقد سبقت الإشارة إليه) وإن لم تشر الى النظرية صراحة . وكانت الصعوبة في هذا الحكم أيضا ، أن المتماقد على حفر إحدى الآبار الارتوازية قد صادف طبقة صخرية لا يجدى في ثقبها ما بين يدي المقاتل من أدوات ، وتحتاج الى آلات حديثة لا يمكنه الحصول عليها .

كما أن الصعوبات في حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في ١٤ يونيو سنة ١٩٦٩ ترجع - كما رأينا - الى وجود أساسات خرسانية وخزانات مجارى ومياه تحت أرض الشارع لم يسبق لها مثيل .

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسى النظرية في حالات كثيرة ، منها الطبيعة الصخرية للأراضى والتي أشرنا اليها في الأمثلة السابقة^(١) . ومنها أن يقابلاً المقاتل بوجود طبقات غزيرة من المياه تحتاج الى نفقات غير عادية فى سحبها وتجفيف الأرض^(٢) ، أو أن تحدث انهيارات فى الأتربة بكميات ضخمة تستلزم جهودا غير عادية فى رفعها^(٣) الخ .

ولكن الصعوبات المادية لا ترجع فى جميع الحالات الى الظواهر الطبيعية ، فقد يكون مصدرها فعل بمض الناس من الغير ، كوجود قناة خاصة بجوار موقع العمل ، لم تظهر فى المواصفات التى على

(١) حكمه فى ٢٨ مارس سنة ١٨٩٠ فى قضية (albeny) المجموعة ص ٣٧٧ . وفى ٢٧ مارس سنة ١٩٠٣ فى قضية (Commune de Jeumont) المجموعة ص ٢٧٩ وفى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٨ فى قضية (Gouv. gén de l'Indochine) المجموعة ص ٩٣٧ وفى ٣٠ يونيو سنة ١٩٤٨ فى قضية (Min. de la Guerre) ص ٣٥٩ .

(٢) حكمه فى ٣ فبراير سنة ١٩٠٥ فى قضية (Ville de Paris) المجموعة ص ١٠٥ وفى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٨ فى قضية (Min. de Trav. publ. C. Dray) المجموعة ص ٦٤٨ وفى ١٩ مايو سنة ١٩٤٣ فى قضية (Caisse des dépôts) المجموعة ص ٢٢٧ .

(٣) (déblais de volume inattendu) حكمه الصادر فى ١٦ مارس سنة ١٩٠٦ فى قضية (Martin) المجموعة ص ٢٣٩ ، وفى أول أبريل سنة ١٩٣٦ فى قضية (Battelle) المجموعة ص ٤٣٦ .

أساسها أحد المقعد^(١) ، أو أن يضطر المقاول الى اصلاح طريق
ضرورة لتنفيذ الأشغال العامة^(٢) ... الخ .

ثانيا - يجب أن تكون الصعوبات من غير عمل أحد الطرفين المتعاقدين : (étrangère au cocontractant) فالصعوبات المادية يفترض فيها ألا تكون من عمل الادارة . فإذا كان مرجعها الى فعل الادارة ، فإن ذلك لا يعنى بطبيعة الحال عدم التزام الادارة بالتعويض ، وإنما يستبعد فى هذه الحالة تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، مع احتمال تطبيق مسئولية الادارة على أساس نظرية عمل الأمير .

ويجب أيضا ألا يكون للمتعاقد يد فى احداث تلك الصعوبات أو زيادة آثارها خطورة ، وأن يثبت أنه لم يكن فى وسعه توقي آثار تلك الصعوبات بما بين يديه من وسائل . ويجب أخير أن يثبت أن المتعاقد لم يخرج على شروط العقد أثناء قيامه بتنفيذ التزاماته^(٣) .

ثالثا : يجب أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد (imprevisible) ويقدر هذا الشرط هنا بذات الأوضاع التى يقدر بها فى نظرية الظروف الطارئة ، على النحو الذى عرضنا له عند دراسة هذه النظرية . فعلى المتعاقد بطبيعة الحال ، قبل أن يقبل المقعد ، أن يدرس طبيعة الأرض وأن ييذل الجهد المعقول ، والمطلوب من كل متعاقد حريص أن ييذله ، للاحاطة بكافة الصعوبات المادية التى من شأنها أن تصادفه عند التنفيذ . ولقد أشارت المادة ٧٨ من اللائحة المناقصات والمزايدات الجديدة (والمقابلة للمادة ٧٩ من اللائحة الملغاة) الى هذا

(١) (Canalisation non signalé au plan) حكم المجلس فى ٢١ يوليو سنة ١٩٣٧ فى قضية (Ville de Carcasson) المجموعة ص ٧٥٤ .
(٢) (refection d'une voie utilisée par l'entrepreneur) حكم المجلس الصادر فى ٥ فبراير سنة ١٩٣١ فى قضية (Aneoma) المجموعة ص ١٣٧ .
(٣) حكم المجلس فى ٢٠ مارس سنة ١٩١١ فى قضية «Lanica» المجموعة ص ٢٨١ وفى ١٩ يوليو سنة ١٩٢٣ فى قضية «Ville de Paris» وفى قضية (Yaher) المجموعة ص ٨١٤ .

الالتزام بقولها : « يلتزم المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وكل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة ، وعليه اخطار جهة الادارة فى الوقت المناسب بملاحظات عليها - ويكون مسئولا عن جميع هذه الرسوم والتصميمات ، كما لو كانت مقدمة منه » - والى هذا الاعتبار استندت المحكمة الادارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٤ يونية سنة ١٩٦٩ لكى تلغى حكم محكمة القضاء الادارى ، لأنه كان على المقاول أن يتحرى بنفسه عن تلك الصعوبات وكان فى وسعه أن يتوصل اليها .

فاذا كانت الصعوبات من نوع لا يمكن توقعه عند التعاقد وفقا للظروف التى أبرم فيها العقد فحينئذ يمكن طلب التعويض عنها ، وكثيرا ما يشير مجلس الدولة الفرنسى صراحة الى هذا الشرط فى أحكامه التى يصدرها فى هذا الصدد رغم اختزال تلك الأحكام . ومن ذلك على سبيل المثال قوله فى حكمه الصادر فى ٣ فبراير سنة ١٩٠٥ فى قضية (Ville de Paris) وقد سبقت الاشارة اليها :

«Le Sieur M ... est fondé à réclamer une indemnité pour l'aggravation qu'il a subie des sujétions tenant à la présence des eaux telles qu'elles n'avaient pu entrer dans la comune prévision des parties lors de la passation du marché».

واذا كان المتعاقد ملزما بتحرى طبيعة الصعوبات التى قد تصادفه عند التنفيذ ، فان مجلس الدولة الفرنسى يضع فى الاعتبار مدى معاونة الادارة للمتعاقد فى هذا المصوص ، ذلك أن اعمال مبدأ حسن النية فى التعاقد يقتضى أن تضع الادارة تحت تصرف المتعاقد كافة ما لديها من معلومات من شأنها أن تعاونه فى الوصول الى تلك الغاية . فاذا ثبت تقصير الادارة فى ذلك ، فان المجلس يمنح التعويض^(١) .

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٩ يونية سنة ١٩٥١ فى قضية (Sec. d'Etat à la Défense C. Debernardy) المجموعة ص ٣٨٥ ، ويقرر المجلس فى هذا الصدد :
«La génie n'a pas fait l'effort de prévision et de rédaction qui s'imposait pour donner loyalement à l'entrepreneur le moyen d'analyser à l'avance les répercussions sur son prix des difficultés qu'il pouvait rencontrer».

أما إذا قصر المتعاقد ، وكان في وسعه تبيين الصعوبات المادية وقت التعاقد، فإن مجلس الدولة الفرنسي يرفض التعويض^(١) . وقد أبرزت محكمة القضاء الإداري المصرية هذا الشرط في نهاية الفقرة التي اقتطفناها من حكمها الصادر في ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧ حيث تقول : « ومن حيث أنه فضلا عما تقدم فإن الشرط الخاص بوجود أن تكون الصعوبات طارئة أى غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو ليس في الوسخ توقعها . هذا الشرط ينطوى الى حد كبير على معنى المفاجأة في صورة معينة ، كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه ازاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها ، لا بناء على دفتر الشروط ، ولا من دراسته الأولية للشروع أو بالرغم مما نبه اليه أو ما اتخذ من حيطه لا تفوت على الشخص البصير بالأمور قبل الاقدام على المساهمة في تسير المرفق العام التعاقد بشأنه . » .

وفي تلك القضية استند المجلس الى هذا الشرط ، للحكم برفض التعويض استنادا الى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة . وهو ذات المعنى الذى أبرزته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ١٤ يونية سنة ١٩٦٩ وقد سبقت الإشارة اليه أكثر من مرة .

رابعاً : يجب أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي بحت :
(d'un caractère absolument anormal)
ذلك أن الصعوبات المادية ليست مطلق عقبات يصادفها المتعاقد عند التنفيذ ، ولكنها عقبات من نوع غير مألوف ، ولا يمكن أن تنتمي الى المخاطر العادية التي يتعرض لها المتعاقد عند التنفيذ عادة . وواضح أن هذا الشرط ينتهي بنا الى موقف ذاتي ، اذ يترك للقاضي أن يقدر في كل حالة على

(١) حكمه في ٩ يوليو سنة ١٩٢٩ في قضية (Le clainche) المجموعة ص ٧٠٦ وفى ١٩ يونية سنة ١٩٣٥ في قضية (Lefebvre) المجموعة ص ٦١٦ وفى ٢٢ مارس سنة ١٩٤٤ في قضية (Société Montecool) المجموعة ص ١٠٥ .

حدة ، ما اذا كانت الصعوبات غير المتوقعة ، التي صادفها المتعاقد ، مما يمكن اعتباره من قبيل المخاطر العادية أو الاستثنائية . ويجرى مجلس الدولة الفرنسى على التشدد فى تقدير هذا الشرط ، كلما احتوى العقد على نصوص تحمل المتعاقد كافة المخاطر عند التنفيذ^(١) .

خامسا : ويضيف مجلس الدولة الفرنسى شرطا خامسا بالنسبة الى العقود الجزائية (Le marché à forfait) وهى التى تتضمن تعديدا لكمية الأعمال المطلوبة ، تعديدا اجماليا لما تلتزم الادارة بدفعه من ثمن يقابلها^(٢) . فهذا الطابع الجزا فى فى تحديد الثمن ، لا يحول - وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسى - دون تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة . أو كما يقول فى حكمه الصادر فى ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٨ فى قضية (Léauté)^(٣) .

«Le caractère forfaitaire du marché ne fait pas obstacle à ce que l'entrepreneur puisse obtenir une indemnité pour les difficultés exceptionnelles et imprévisibles par lui rencontrées dans l'exécution des travaux».

ولكن المجلس يضيف الى الشروط الأربعة التى عرضنا لها فيما سبق شرطا خامسا بمقتضاه يتعين أن يكون من شأن تلك الصعوبات الاخلال باقتصاديات العقد^(٤) (bouleversement de l'économie du contrat)

ويقدر هذا الاخلال باقتصاديات العقد بالنظر الى المبالغ الاضافية التى أنفقت نتيجة لمواجهة الصعوبات المادية ، منسوبة الى القيمة

(١) حكم المجلس فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٧ فى قضية (Dedeys) المجموعة ص ٨٢٣ وفى ١١ مايو سنة ١٩٤٢ فى قضية «Sainrapt» المجموعة ص ١٩٩ وفى ١٩ مايو سنة ١٩٤٣ فى قضية (Dumes) المجموعة ص ١٢٦ وفى ٢ أبريل سنة ١٩٥٣ فى قضية «Commune de Meisse C.»

(٢) «Les clauses du contrat déterminent à la fois la quantité des travaux à exécuter et la somme globale que l'administration devra payer à l'entrepreneur».

(٣) المجموعة ص ٨٣٠ .

(٤) حكمه الصادر فى ٦ مايو سنة ١٩٣٦ فى قضية (Min. Guerre C. Regnier) المجموعة ص ٥٠٨ وفى ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٨ فى قضية (Léauté) المجموعة ص ٨٣٠ وفى ٣٠ يوليو سنة ١٩٤٨ فى قضية (Min. Guerre C. Société) المجموعة ص ٣٥٩ .

الاجمالية للمقد^(١) : وفى هذه الخصوصية ، تلتقى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، مع نظرية الظروف الطارئة •

الفرع الثالث

ما يترتب على النظرية من نتائج

يترتب على قيام الصعوبات المادية غير المتوقعة ، بتحديد ما السابق ، ذات الآثار التى تترتب على عمل الأمير ، ونعنى بها :

أولاً : بقاء التزامات المتعاقدين رغم الصعوبات غير المتوقعة • ذلك أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة - شأنها شأن عمل الأمير والظروف الطارئة - لا تؤدى الى تحلل المتعاقدين من التزاماته الا اذا أدت الى استحالة التنفيذ ، وحينئذ نصبح أمام فكرة القوة القاهرة •

ولكن اعتراض الصعوبات المادية للتنفيذ ، قد يؤدى الى إعفاء المتعاقدين من غرامات التأخر اذا تعدى الحدود الزمنية المقررة للانتهاء من تنفيذ الأشغال موضوع العقد^(٢) •

ويترتب على هذا الشرط ، ضرورة استمرار المتعاقدين فى التنفيذ رغم مصادفة الصعوبات المادية غير المتوقعة • فاذا توقف ، فإنه يتعرض لمختلف الجزاءات التى أشرنا إليها فيما سلف ، مع احتمال فقد حقه المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة •

ثانياً : حق المتعاقدين فى الحصول على تعويض يقابل ما تحمله من نفقات لمواجهة تلك الصعوبات • ويقدر هذا التعويض على أساس المبدأين التاليين :

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٩ فبراير سنة ١٩٣٦ فى قضية (Société T.H.E.G.) المجموعة ص ٢٢٤ •

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٩ يوليو سنة ١٩٠٥ فى قضية (Commune de Drving) المجموعة ص ٥٤٥ •

(١) مبدأ التعويض الكامل «L'indemnisation integrale» بمعنى أنه يتعين على الادارة - متى توافرت شروط النظرية - أن ترد الى المتماقذ كافة النفقات الاضافية التى تحملها لمواجهة الصعوبات التى اعترضت التنفيذ المادى للعقد . وفى هذه الحصيصة تشارك نظرية الصعوبات المادية ، نظرية عمل الأمير ، وتختلف عما أوردناه فى خصوص نظرية الظروف الطارئة .

وفى القضية الوحيدة التى طبقت فيها محكمة القضاء الادارى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، وانتهت فيها الى حل ايجابى ، لم تطبق هذا الشرط ، ونمى بذلك حكمها الصادر فى ٥ مايو سنة ١٩٥٣ . فقد جاء فى هذا الحكم قولها « ومن حيث أنه عن الأمر الثانى الخاص بالصعوبة التى تبدت للمدعى عند البدء فى تنفيذ العملية بسبب الأتربة المتكتلة ، فإن الثابت من الاطلاع على الملف الادارى للمقاولة أن المدعى شكاه من هذا الأمر مرارا وقد عنى وكيل الوزارة بشكواه ففحصها ، وبعد أن انتقل كبير مهندسى المديرية ، فباين وحصر فرق التكاليف ، رفع الوكيل تقريراً الى الوزير . . . ذكر فيه أن الصعوبة التى صادفت المقاول فى العمل أثناء حفره للأجزاء المتكتلة لم تكن متوقعة ، ولم يكن فى وسع المدعى ولا الحكومة توقعها ، وعلى الأخص بهذه النسبة الكبيرة التى تقارب ٢٥٪ من مجموع العملية . فقد بلغ مقدار الأجزاء المتكتلة ٢١٧٤٥٠ متراً مكعباً من مجموع العملية السكلى ، ويبلغ حوالى تسعمائة ألف متر مكعب ، ومن لا يجوز التحلى بما ورد فى المادتين ٥٢ و ٦٢ من عقد المقاولة ، وتحميل المدعى بجميع النفقات التى تكبدها بسبب ذلك ، إذ أن هاتين المادتين لا تواجه نصوصها مثل هذه الحالة ، وإنما هى تواجه ما يوجد عادة فى عمل المتاريس وأعمال التطهير والتوسع من حصى أو أحجار متخلقة عن البرابخ ومبائى الفتحات ومبائى السواقي وآلات الرى الأخرى التى توجد عادة بالمساقى والمراوى والمصارف . . . » .

ويتضح من استعراض الفقرة السابقة أن الحكم يعنى بما لا يدع مجالا للشك نظرية الصعوبات المادية السابقة . ولكنه حين جاء الى مبدأ التمييز طبق عليه الأحكام الخاصة بنظرية الظروف الطارئة ، كما يتبين من باقى سياق الحكم حيث يقول : « ومن حيث أن العدالة تقضى بأن تشاطر الحكومة المدعى فى تحمل نصف قيمة زيادة التكاليف الناشئة عن تكتل الأتربة على الأخص بعد أن ذهبت المحكمة الى تحميله بما زاد من أجور العمال اذ اعتبرته من الأمور المتوقعة » (١) .

« ومن حيث أن الثابت من تقرير وكيل الوزارة سالف الذكر ، والذي تأخذ به المحكمة فى هذا الشأن ، وتأخذ بالأسباب الواردة به ، أن الزيادة والتكاليف بسبب تكتل الأتربة تقدر بمبلغ ٢٢٨٠ جنيها يتحمل المدعى نصفها وتحمل الحكومة النصف الآخر وقدره ١١٤٠ جنيها وهو ما يتعين الحكم بالزام الحكومة به » . وواضح أن المحكمة قد خلطت فى هذه الخصوصية بين نظريتى الظروف الطارئة ، والصعوبات المادية غير المتوقعة . ولهذا حرصت المحكمة على التمييز

(١) كان المدعى فى هذه القضية قد طالب بتمويض على أساس نظرية الظروف الطارئة استنادا الى صدور قرار يقضى برفع أجور العمال ، فردت المحكمة على دعواه قائلة « ومن حيث أن نظرية الحوادث الطارئة تفترض أن الظروف الاقتصادية التى كان يقوم عليها توازن المقد وقت تكوينه قد تغيرت تغيرا كثيرا عند تنفيذه لحادث لم يكن فى الحسبان فيختل التوازن الاقتصادى للمقد أختلالا خطيرا بحيث يصبح تنفيذ المدين للمقد يهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف فى خسائر التجار . ويبين من ذلك أنه يشترط لتطبيق هذه النظرية أن تجد بعد صدور المقد حوادث استثنائية هامة لم يكن فى الوسع . . . » .

وبتطبيق هذا المبدأ فى خصوصية الدعوى قالت : « ومن حيث أن ٠٠٠ المدعى يرد الزيادة فى أجور العمال الى صدور الأمر العسكرى الصادر فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٢ بفرض اعانة غلام معيشة للعمال مع أن عقد القاوله قد تم توقيعه فى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤٢ أثناء قيام الحرب العالمية الثانية وبعد نقوشها بأكثر من ثلاثة سنين ، وكانت الأجور متجهة نحو الارتفاع باستمرار . وأنه لما يقدره الشخص المادى أن الحرب يصحبها دائما غلام فى الأسفار وصمود فى الأجور . فإذا ما تقرر وضع حد أدنى لأجور العمال بمبلغ ٧٥ مليما يوميا بعد أن كان ٦٠ مليما ، على فرض الأخذ بسعر العامل فى الأعمال الإضافية التى أشير إليها فى شروط المناقصة ، فإن هذه الزيادة لا تخرج عن حد المعقول ، وتدخل ضمن حسن تقدير القاول المحرص الذى يزن الأمور ويقدر نتائجها . . . ومن حيث أنه والحال على ما تقدم ، فإن المحكمة لا ترى محلا للأخذ بنظرية الحوادث الطارئة . . . » .

مجموعة أحكام المحكمة ، السنة السابعة ، ص ١٠٤٧ .

بين النظريتين في حكمها الصادر في ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧ (والذي سبقته الاشارة اليه) اذ تقول : « والتمويض هنا (في تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة) لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الادارة للمتعاقد معها ، بل يكون تمويضا عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول ، بدفع مبلغ اضافي له على الأسعار المتفق عليها وبذلك تختلف هذه النظرية من حيث سببها والنتائج المترتبة عليها عن نظرية الظروف الطارئة » .

وهكذا عادت المحكمة - على الأقل نظريا - الى التزام الشروط السليمة للنظرية .

الا أن المحكمة الادارية العليا قد عادت الى التشكيك مرة أخرى في مبدأ التمويض الكامل ، وذلك في حكمها الصادر في ١٤ يونيو سنة ١٩٦٩ (سبق) فبعد أن عرضت كل من محكمةى القضاء الادارى والادارية العليا لأحكام نظرية « الصعوبات المادية غير المتوقعة » بل وأعملتها محكمة القضاء الادارى - كما ذكرنا فيما سلف - ألفت المحكمة الادارية العليا حكم محكمة القضاء الادارى ، وجاء على لسانها قولها : ان الصعوبات التي استندت اليها محكمة القضاء الادارى للحكم بالتمويض الكامل « لا ترقى الى مستوى الحوادث الطارئة الموجبة لالزام الادارة بتحمل نصيب من الخسارة الفادحة ، التي تختل معها اقتصاديات المقعد اختلالا جسيما ، وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الادارى ، واستدامة سير المرفق العام الذى تخدمه » . فهذا الوصف يصدق تماما على نظرية الظروف الطارئة ، ولكنه بعيد تماما عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، التي لا يشترط فيها خسارة من نوع ما أشارت اليه المحكمة الادارية العليا ، ويترتب عليها التمويض الكامل ، وسوف نزيد هذا الموضوع ايضاحا عند المقارنة بين النظريات الثلاث .

على أن مبدأ التمويض الكامل ، لا يحول دون أن يتحمل المتعاقد قيمة ما تسبب فيه بخطئه من زيادة فى الآثار الضارة للصعوبات

المادة غير المتوقعة • وهذا مجرد تطبيق للقواعد العامة في التمويل^(١) .

(ب) وفي حساب التمويل الكامل يلجأ مجلس الدولة الفرنسي عادة الى السعر المتفق عليه في العقد ، ليقدر التمويل على هده^(٢) .

على أن المجلس يقدر التمويل تقديرا مستقلا ، وعلى أساس الأسعار الجديدة ، اذا ثبت أنه عند مصادفة الصموبات المادية كانت الظروف التي أبرم العقد في ظلها قد تغيرت ، أو اذا أدت الصموبات المادية الطارئة الى تغيير كامل في الأسس التي روعيت عند تحديد الأسعار في العقد^(٣) .

وهذا أيضا مجرد تطبيق للقواعد العامة •

المبحث الرابع

مقارنة عامة بين النظريات الثلاث

رأينا عند دراسة نظريات عمل الأمير ، والظروف الطارئة ، والصموبات المادية ، أن بين هذه النظريات الثلاث تشابها كبيرا ، قد ينتهى بالقارئ الى الخلط بينها • ومن ثم فاننا نرى من كمال الفائدة ، ألا ننهى هذا الباب ، قبل أن نمقد مقارنة بين تلك النظريات الثلاث لتحديد أوجه الشبه وأوجه الخلاف بينها ، بما يبرز خصائص كل نظرية منها •

ومن ثم فاننا نعرض أولا لأوجه الشبه بينها ، ثم نبرز أوجه الخلاف بين النظريات الثلاث •

(١) حكم المجلس الصادر في ٢٩ يوتية سنة ١٩٥١ في قضية Sec. d'Etat C. Dedonards

(٢) حكم المجلس الصادر في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٨ في قضية (Gouvern. gen. Indochine) المجموعة من ٩٣٧ • وفي ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ في قضية (Min. T.P. C. Drury) المجموعة من ٩٤٨ •

(٣) حكم المجلس في ٢١ يوليو سنة ١٩٣٧ في قضية (Ville de Carcassonne) المجموعة من ٧٥٤ •

الفرع الأول

أوجه الشبه

لا شك أن بين النظريات الثلاث أكثر من شبه • والملاحظ في هذا الصدد أو الصلات بينها تزداد في الوقت الحاضر نظرا لتطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي لمواجهة الاقتصاد الموجه الذي تسير عليه معظم الدول الحديثة والذي أدى الى تغيير الأفكار التقليدية التي قامت عليها كل من تلك النظريات • ويمكن رد أوجه الشبه بينها الى الأفكار الآتية :

أولا : نشأت كل من النظريات الثلاث نشأة قضائية • ولما كانت المبادئ التي يخلقها القضاء تمتاز بالمرونة ، فإن أحكام كل من النظريات الثلاث تتطور باستمرار كما رأينا • وإذا كانت نظرية الظروف الطارئة قد نظمت تشريعا في مصر في نطاق القانون الخاص ، فإن مجلس الدولة المصري ليس ملزما بأن يتقيد بنص المادة ١٤٧ من القانون المدني ، الا بالقدر الذي يراه متفقا مع مقتضيات القانون الإداري •

ثانيا : تقوم كل من النظريات الثلاث على أساس مسئولية الإدارة بلا خطأ ، وبالتالي فإن تسليم القضاء الإداري بتطبيق نظرية من النظريات الثلاث ، يفترض في ذات الوقت أن التصرف الضار ، الذي يشكو منه المتعاقد ، لا يتضمن أى خطأ من جانب الإدارة • فإذا أخطأت الإدارة ، فلا يمكن إثارة مسئوليتها على أساس واحدة من النظريات السابقة ، بل تسأل في نطاق المسئولية التعاقدية العادية •

ثالثا : تشترك النظريات الثلاث في أن الأمر الذي تتحقق به المسئولية في نطاق كل منها يجب أن يكون غير متوقع • فإذا ما كان سبب الضرر متوقعا بأن نص عليه العقد مثلا ، وواجهته شروطه ، فإن مسئولية الإدارة في هذه الحالة لا يمكن أن تثار الا على أساس الخطأ أو التقصير في تنفيذ الالتزامات العقدية •

رابعاً : مجال كل من النظريات الثلاث يشمل جميع العقود الادارية ، بمعنى أنه يجوز - كما رأينا - لكل متعاقد أن يستند الى أى من النظريات السابقة اذا استوفى شروط تطبيقها ، مع ملاحظة ما سبق ذكره من أن معظم التطبيقات العملية لنظرية الصموبات المادية توجد فى نطاق عقود الأشغال العامة .

خامساً : وأخيراً فان النظريات الثلاث تقوم على حكمة واحدة ، وهى مراعاة مدى صلة المتعاقد بالمرافق العامة ، ومعاملته على أساس أنه يماون الادارة فى أداء وظيفتها . كما أن مجلس الدولة الفرنسى حين خلق هذه النظريات انما وضع نصب عينيه ما تتمتع به الادارة من سلطات خطيرة فى مواجهة المتعاقد معها ، وبالتالي فقد أراد أن يوازن تلك السلطات بحقوق مقابلة للمتعاقد ، حتى يشجع الأفراد على التعاقد مع الادارة ، ويمكن الادارة فى ذات الوقت من أن تتمتع بقدر من الحرية يمكنها من أن تحقق الصالح العام فى ظروف أفضل من تلك التى كانت تتمرض لها لو التزم المجلس قواعد القانون الخاص فى مجال العقود الادارية .

الفرع الثانى

أوجه الخلاف

على أن الذى يعنينا هو ابراز خصائص كل نظرية حتى يمكن أن تنفرد بذاتية تميزها عن شبيهتها . واذا نحن تركنا التفاصيل جانباً ، وجدنا أنه يمكن التمييز بين النظريات الثلاث من النواحي الآتية :

- أولاً - من حيث الفعل الذى تتحقق به المسؤولية .
- ثانياً - من حيث شروط التطبيق .
- ثالثاً - من حيث الآثار التى تترتب على كل نظرية .

١ - § من حيث الفعل الذى تتحقق به المسئولية

١ - جرى الفقه الكلاسيكى فى أول الأمر كما ذكرنا على اقامة حواجز فاصلة بين مصدر كل من النظريات الثلاث ، فأرجع نظرية عمل الأمير الى المخاطر الادارية (aléa administratif) ونظرية الظروف الطارئة الى فكرة المخاطر الاقتصادية والتي ليست من عمل الادارة (aléa économique) ونظرية الصعوبات المادية الى الظواهر الطبيعية (aléa naturel) . ولم يبق محتفظا بقيمته من هذا التقسيم الثلاثى الا النظرية الأخيرة ، حيث لا يمكن تطبيق تلك النظرية ، اذا كان مرجع الصعوبات المادية الى فعل الادارة كما رأينا عند دراسة شروط تطبيقها .

ولكن التقسيمين الأول والثانى قد تداخلوا على النحو التالى :

٢ - لا شك أن نظرية عمل الأمير تفترض صدور اجراء - عام أو خاص أو حتى فعل مادى - من جانب الادارة المتعاقدة . وبالتالي لا يمكن وفقا لقضاء مجلس الدولة الحديث ، أن تثار نظرية عمل الأمير اذا ما كان مرجع الاجراء الضار الى غير جهة الادارة اطلاقا (aléa non administratif) وهى الصورة التقليدية ، أو كان مرجعه الى جهة ادارية غير جهة الادارة المتعاقدة .

ولا شك أيضا أن نظرية الظروف الطارئة تطبق اذا طرأت حوادث استثنائية عامة - كالحروب أو الفيضانات أو الوباء ... الخ - تؤدى الى قلب اقتصاديات المقدر رأيا على عقب بما يترتب عليه ارهاق المتعاقدين الى النحو الذى فصلناه .

ولكن النظرية تطبق أيضا اذا كان مرجع الظروف الطارئة الى عمل الادارة ، ذلك أنه لا يمكن فى الوقت الحاضر التمييز بين المخاطر الاقتصادية والمخاطر الادارية بدقة نظراً لتدخل الادارة فى مجال الانتاج بكثرة ، ولتنظيمها الظروف الاقتصادية الى حد كبير . ومن

ثم فان الحدود الفاصلة التي نادى بها الفقيه جيز في هذا الخصوص قد غدت غير ذات موضوع^(١) .

ومن ثم فقد أعلن مجلس الدولة الفرنسى - كما ذكرنا - مبدأ تطبيق نظرية الظروف الطارئة بالنسبة الى الأعمال التي تصدر من الادارة وتؤدى الى ارهاق المتعاقد . وقد تقرر هذا المبدأ فى أحكام كثيرة ، أشهرها حكمه الصادر فى ٤ مايو سنة ١٩٤٩ فى قضية «Ville de Toulon» وفى ١٥ يوليو من ذات العام فى قضية «Ville d'Elbeuf» وقد سبقت الاشارة اليهما والى أحكام أخرى مماثلة .

ولكن هل يشترط فى الظرف الذى تتسبب الادارة فى احداثه أن يكون من عمل جهة ادارية غير جهة الادارة المتعاقدة ؟! ذلك ما يظنه البعض وما توحى به بعض العبارات الواردة فى حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية «Ville d'Elbeuf» ولكن الحقيقة أن مجلس الدولة الفرنسى يطبق نظرية الظروف الطارئة سواء أكان مرجع الظرف الطارئ الى عمل جهة الادارة المتعاقدة أو غيرها .

ومن ثم يكون اشتراط نسبة العمل الضار الى جهة الادارة المتعاقدة هو شرط لتطبيق نظرية عمل الأمير . أما فى نطاق نظرية الظروف الطارئة فان مجال الظريتين واحد ، والخلاف يكون بالنسبة الى باقى الشروط^(٢) .

٣ - وهكذا تمتاز نظرية عمل الأمير بأن العمل الضار يجب أن يكون منسوباً الى جهة الادارة المتعاقدة . وتمتاز نظرية الصعوبات المادية ، بأنها لا يمكن أن ترجع الى عمل الادارة (أو المتعاقد معها) بل هى باستمرار خارجة عن ارادة المتعاقدين ، أما نظرية الظروف الطارئة فتشارك النظريتين الأخريين فى مصدرهما : فقد يكون

(١) مؤلفه فى العقود ، المزمع الثانى ، ص ٤٩٧ . ولقد أخذ مجلس الدولة الفرنسى فى وقت من الأوقات بالمعيار القديم الذى يقول به الفقه جيز فى حكمه الصادر فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٤ فى قضية (Tanti) منشور فى مجلة القانون العام سنة ١٩٢٥ ص ٧٦ مع تعليق الفقيه جيز .

(٢) وهذا فيما يتعلق بالأعمال المنسوبة الى الادارة ، أما فى خارج ذلك النطاق فان نظرية عمل الأمير لا تثار بطبيعة الحال .

مصدر الظرف الطارئ، فعل جهة الادارة المتعاقدة وقد يكون مستقلا عن عمل الادارة اطلاقا . وهكذا يوجد مجال مشترك بين هذه النظرية ، وبين كل من النظريتين الأخرين ، وبالتالي يكون مجال تطبيقها أوسع من مجالهما .

٢ - § من حيث شروط التطبيق

يكفى للاستفادة من أحكام نظريتي عمل الأمير والصعوبات المادية أن ينال المتعاقد أى ضرر ، فلا يشترط فى الضرر الذى يبرر تطبيق النظريتين أى قدر من الجسامة .

أما فيما يتعلق بتطبيق نظرية الظروف الطارئة فيتمين أن يصل الضرر الى درجة ارهاق المتعاقد ، وأن يؤدى الى قلب اقتصاديات المقد رأسا على عقب *«bouleversement économique du contrat»* .

وذلك مع ملاحظة مع ما سبق ذكره ، من اشتراط مجلس الدولة الفرنسى هذا الشرط الأخير فى حالة طلب الاستفادة من نظرية الصعوبات المادية ، فى مجال العقود الادارية الجزافية .
«les marchés à forfait» .

٣ - § من حيث الآثار

إذا ما سلم مجلس الدولة بقيام نظرية عمل الأمير ، أو الصعوبات المادية ، فسان التمويض الذى يحكم به هو التمويض الكامل ، الذى يغطي جميع الأضرار التى تلحق المتعاقد .

أما فى حالة الاستناد الى نظرية الظروف الطارئة ، فان التمويض يكون جزئيا ، مع ملاحظة الخطة التى يجرى عليها مجلس الدولة الفرنسى ، والتى تحمل الادارة معظم الأضرار ، اذ تتراوح النسبة التى تتحملها الادارة بين ٨٠٪ و ٩٥٪ من حساب الأضرار^(١) .

(١) وإذا كانت هذه النسبة تحمل الادارة كل الضرر تقريبا ، فيجب ألا يفهم من ذلك أن التمويض فى حالة الظروف الطارئة هو بعينه التمويض فى حالة النظريتين الأخرين ، نظرا لأن التمويض فى حالة الظروف الطارئة يقدر على أساس الحسائر الفعلية التى تلحق المتعاقد وفقا للقواعد التى شرحناها ، فى حين أن التمويض فى الحالتين الأخرين لا يقتصر على مجرد الضرر ، ولكنه يشمل أيضا ما فات المتعاقد من ربح .

ولهذا فان تضييق مجلس الدولة الفرنسى من مجال نظرية عمل الأمير ، لحساب نظرية الظروف الطارئة ، قد جاء فى غير صالح المتعاقدين ، لأن الظروف الطارئة لا يعوض عنها الا اذا أدت الى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب ، أما عمل الأمير فيعوض عنه مهما كانت درجة الضرر . ومن ناحية ثانية فان التمويض عن الظروف الطارئة هو تمويض جزئى ومؤقت لمساعدة المتعاقدين على تنفيذ التزاماته وحتى لا يضطر الى التوقف . أما التمويض عن عمل الأمير فهو تمويض كامل يغطى كل ما لحق المتعاقدين من ضرر وما فاتهم من كسب .

ولكن هذا القضاء قد أفاد المتعاقدين من ناحية أخرى ، اذ احتفظ له بخط الرجعة ، وذلك اذا عجز عن اثبات شروط عمل الأمير . فحينئذ لا يفقد كل أمل فى التمويض ، بل انه يستطيع أن يجرب حظه على أساس نظرية الظروف الطارئة .

الباب الرابع

اثر العقود الادارية بالنسبة الى الغير

تنضع العقود - في نطاق القانون الخاص - لقاعدة أصيلة ،
هى قاعدة نسبية آثارها «La relativité des effets du contrat» فهل تسرى
هذه القاعدة على العقود الادارية ؟ ذلك ما يختلف فيه الفقهاء :

فمنهم - كالققيه دى لوبادير - من يرى خضوع العقود الادارية
لذات المبدأ المقرر فى القانون الخاص^(١) .

ويرى فريق آخر ، منه الققيه بيكنيو ، أن العقود الادارية تخرج
على القاعدة المقررة فى القانون الخاص فيما يتعلق بنسبية آثار
العقود^(٢) .

ولو تركنا الاعتبارات النظرية جانبا ، لتبين لنا أن آثار العقود
الادارية ، من الناحية العملية ، تتمدى المتعاقدين الى الغير ، فتفرض
على هذا الغير بمض الأعباء ، أو تخوله بمض الحقوق أو المزايا . ومن
ثم فأننا ندرس هذا الموضوع على الترتيب التالى :

أولا - الأعباء التى قد تفرضها العقود الادارية على الغير .

ثانيا - الحقوق التى يستمدّها الغير من العقود الادارية .

ثالثا - الأساس القانونى للآثار التى ترتبها العقود الادارية
فى مواجهة الغير .

(١) مطوله فى العقود ، الجزء الثانى ، ص ٨٦ وما بعدها .

(٢) بحثه المشار اليه فيما سبق ، الملزمة رقم ٥١١ ، بند رقم ٤٩٢ .

المبحث الأول

الآعباء المفروضة على الغير

(Charges imposées aux tiers)

ولما كانت العقود الادارية تتصل فرضا بتسيير المرافق العامة ، وكان المتعاقد يتعاون مع الادارة الى حد كبير في تسيير تلك المرافق ، فان الادارة قد ترى منح المتعاقد معها - لا سيما ملتزم المرافق العامة - بعض السلطات التي تخوله فرض بعض الآعباء على الأفراد .

ويمكن ارجاع تلك الآعباء الى الحالات الآتية :

١ - § تفويض المتعاقد في ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة

ومظاهر هذا التفويض متعددة يمكن التمثيل لها بما يلي :

- أولاً - تخويل المتعاقد - لا سيما في عقود الأشغال العامة والامتياز - حق الاستيلاء المؤقت «droit d'occupation temporaire» أو الحصول على مواد من الأراضي المجاورة «droit d'extraction de matériaux» (١) .

وأحياناً يخول العقد للمتعاقد حق الاستفادة من سلطة نزع الملكية اذا تطلب ذلك حسن تنفيذ الالتزامات التعاقدية كما في حالة ملتزم المرافق العامة .

ثانياً - كثيراً ما ينص العقد على منح المتعاقد حق استعمال بعض أجزاء الدومين العام استعمالاً خاصاً «des droits privés sur une certaine portion du domaine public» ، وبالتالي يتضمن حرمان سائر الأفراد من الانتفاع بتلك الاجزاء من المال العام ، أو يفرض قيوداً على هذا الانتفاع .

(١) حكم المجلس الصادر في ١٩ يناير سنة ١٩٢٧ في قضية «Grandet» المجموعة ص ٥٥ .

وللمتعاقد في هذه الحالات أن يستعمل دعاوى وضع اليد في مواجهة سائر الأفراد الذين ينازعونه هذا الحق .

ثالثا - رأينا فيما سبق أن الملتزم المرافق العامة الحق في الحصول على مقابل من الأفراد ، وأن هذا المقابل لا يعتبر مجرد أجر ، بل هو في حقيقته رسم «taxe» يخضع لما يستلزمه هذا الوصف من أحكام ، فيعامل معاملة الضريبة .

رابعا : قد تخول الادارة المتعاقد حق استعمال بعض سلطات البوليس «des pouvoirs de police» إذا اقتضى تنفيذ عقده ذلك^(١) .

ولقد سبق أن رأينا أن المادة ٧٧ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة (والتي تقابل المادة ٨٨ من اللائحة المرفقة) تجعل مقاول الأشغال العامة «... مسئولاً عن حفظ النظام بموقع العمل » . كما تفرض عليه «... اتخاذ كل ما يكفل منع الاصابات أو حوادث الوفاة للعمال أو أى شخص آخر أو الاضرار بمتلكات الحكومة أو الأفراد ، وتعتبر مسؤوليته في هذه الحالات مباشرة دون تدخل لجهة الادارة » . وهو في سبيل القيام بهذا الواجب ، يملك أن يصدر اجراءات وتنظيمات يفرضها على عماله وعلى الغير ممن يتصلون بالعمل محل التعاقد .

خامسا : وأخيرا ، فإن الموظف المعين بمقد يمارس في كثير من الحالات ذات السلطات التي يمارسها الموظف ذو المركز النظامي ، وبالتالي فإنه يستطيع أن يمارس اختصاصاته في مواجهة الغير ، وأن يفرض عليهم من الاجراءات والأعباء كل ما تستلزمه مقتضيات وظيفته .

(١) حكم المجلس الصادر في ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ في قضية (Ville de Dieppe) مجلة القانون العام سنة ١٩٢٥ ، ص ٦٢ .

٢ - § امتياز التقاضى «privilege de juridiction»

وتقتصر هذه الميزة - فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى - على عقدين فحسب من العقود الادارية ، وهما عقدا الامتياز ، والأشغال العامة . وبمقتضى هذه الميزة ، اذا تسبب مقاول الأشغال العامة أو الملتزم فى احداث ضرر للغير أثناء تنفيذ التزاماته العقدية ، فإنه يقاضى أمام المحاكم الادارية لا أمام المحاكم القضائية . أما فى باقى العقود ، فإن الدعوى ترفع أمام المحاكم القضائية .

وفى عقود الامتياز ليس للمضروب الا أن يقاضى الملتزم ، فلا يستطيع أن يرجع بالتمويض على الادارة^(١) الا اذا ثبت اعسار هذا الأخير^(٢) .

أما فى عقود الأشغال العامة ، فإن المضروب يستطيع أن يقاضى المقاول أو الادارة ، باعتبار أن الادارة هى صاحبة الأعمال والمسئولة عنها (maître de l'ouvrage)^(٣)

وهذا القضاء استثنائى ، ولا يمكن تبريره على أساس القواعد العامة ، لا فى الاختصاص - كما درسناها فى القسم الأول من هذا المؤلف - ولا بالنسبة الى القواعد الموضوعية فى المسئولية .

وعلى أية حال فالتنا لم نجد قضاء لمجلس الدولة المصرى فى هذا الموضوع حتى الآن .

(١) حكم المجلس فى ١٠ يناير سنة ١٩٤٠ فى قضية (Sté Andrieu) مجموعة سبرى ، سنة ١٩٤١ ، القسم الثالث ، ص ٤٦ وفى أول مايو سنة ١٩٤٢ فى قضية (Sté. du Gaz de Marseille) المجموعة ص ١٤٢ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٤٤ فى قضية (Ville d'Alfortville) مجموعة سبرى سنة ١٩٤٥ ، القسم الثالث ، ص ٥٢ .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ١٦ يونية سنة ١٩٣٧ فى قضية (Gouv. Gén. de l'Indochine) المجموعة ص ٦٠٠ ، وفى ٦ مارس سنة ١٩٣٧ فى قضية (Relschl) مجموعة سبرى ، سنة ١٩٣٢ ، القسم الثالث ، ص ١٠٨ وفى ٢٥ أبريل سنة ١٩٤١ فى قضية (Ville de Sait Claude) المجموعة ص ٧١ ، وفى ٣١ يناير سنة ١٩٤٠ فى قضية (Sté des Etab. Arnodin) المجموعة ص ٢٦ .

٣ - § استثناء المتعاقدين من قاعدة المساواة أمام التكاليف العامة

فى بعض الحالات تضمن الإدارة عقودها شروطا تخول المتعاقدين منها بعض الامتيازات التى لا تتمشى مع قواعد المنافسة الحرة (Libre concurrence) ولا مع ضرورة مساواة المواطنين أمام التكاليف العامة (L'égalité de tous devant les charges publiques)

ومن أوضح الأمثلة على ذلك شرط عدم المنافسة (Le privilège d'exploitation à titre exclusif) والذى يخول المتعاقدين حق منع غيره من المواطنين من ممارسة ذات النشاط الذى يمارسه بمقتضى عقده مع الإدارة . ولقد سبق أن رأينا أن القضاء الإدارى فى مصر وفى فرنسا يسلم بشرعية هذه الشروط . ومن هذا القبيل أيضا ، ما يرد فى عقود القرض ، وبعض عقود امتياز المرافق العامة ، من إعفاء المتعاقدين من بعض أنواع الضرائب ، بصفة دائمة أو لفترة محددة فى العقد^(١) . (des clauses d'immunité fiscale ou d'exemption d'impôts)

المبحث الثانى

الحقوق التى يستملها الغير من العقد

يستطيع الغير - بصفته غيرا - أن يتدخل فى مجال العقود الإدارية ، وأن يطالب ببعض الحقوق أو بالزام الإدارة أو المتعاقدين معها باتخاذ موقف معين . ويمكن أن ندرج فى هذه الحالات ، الصور الآتية :

١ - § حق الغير فى أن تبرم العقود الإدارية وفقا للقانون

وهذا الحق - بالمعنى الواسع - لا يقتصر فى الحقيقة على العقود الإدارية بمعناها الفنية ، ولكنه يشمل جميع عقود الإدارة . ذلك

(١) - حكم المجلس فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٩ فى قضية (Comp. des chemins de fer de l'Ouest) مجلة القانون العام ، سنة ١٩٣٩ ، ص ٥٨ مع تقرير المفوض جرس وفى ٢٠ يوليو سنة ١٩٣٨ فى قضية (Hébert) مجلة القانون العام سنة ١٩٣٨ ص ٥٨١ .

أن الإدارة ليست حرة كما رأينا في اختيار المتعاقدين معها ، ولا تملك أن تبرم عقودها كما تشاء وكما يفعل الأفراد ، ولكنها مقيدة في معظم الأحوال البوعلى التفصيل الذى أوردناه فى القسم الثانى من هذا المؤلف - بأوضاع معينة يتمين عليها احترامها • فإذا خرجت على مقتضاها ، حق لكل ذى مصلحة ، وهو من الغير بالفرض ، مقاضاة الإدارة ، وذلك عن طريق طلب إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة (Les actes détachables) والتعويض عنها ، إذا ترتب على مخالفة الإدارة للقانون ضرر ، كما لو استبعدت عطاء أحد الأفراد بدون وجه حق ، أو أرست المناقصة على غير صاحب المطاء الأول تمسفا^(١) • ولقد سبق أن شرحنا أحكام ذلك بالتفصيل • وإذا كان الفقهاء يدرجون هذه الحالة فى مجال الحقوق التى يستمدها الغير من العقد ، فإنها فى حقيقتها ليست كذلك ، لأن الغير الذى يطعن فى قرار إدارى منفصل ، لا يستند فى الطعن الى نص فى عقد إدارى ، وإنما يستند الى نصوص القوانين واللوائح • كما أنه لا يستقيم القول بأن الغير يستمد حقه فى الطعن من العقد ، وهو فى حقيقة الأمر يستهدف بالطعن إلغاء العقد • وإذا كان مجلس الدولة الفرنسى لا يعلق سلامة العقد على نتيجة الحكم فى طلب إلغاء القرار المنفصل ، فلقد رأينا أن هذا القضاء غير منطقى ، وقد بدأ يتحول عنه المجلس ، ومن ثم فأننا لا نؤيده • ولهذا فإن الأدق فى تلك الحالة ، أن نقول ان الغير لا يستمد حقه فى الطعن بالإلغاء أو بطلب التعويض من العقد ذاته ، ولكن من النظام القانونى الذى وضعه المشرع للمقود الادارية •

٢ - § الحقوق التى يستمدها الغير من النصوص المدرجة لصالحه

فى العقد :

ولا نعنى بهذه الحالة وضع المنتفعين بالمرفق العام ، مما سنعرض له بعد قليل ، ولكن نقصد بها غيرهم ممن يتصلون بالعقد • فكثر

(١) بحث النقيه بيكينو السابق ، الملزمة رقم ٥١١ ، البند رقم ٥١١ . ذات الرقم)

ما تضمن الادارة عقودها مع الأفراد شروطا لصالح بعض الطوائف الذين يسهم بتنفيذ العقد ، ومن ذلك على سبيل المثال :

(أ) أن تشترط الادارة على المتعاقدين أن يؤمن ضد الأضرار التي قد تصيب الغير من جراء تنفيذ العقد ، لا سيما في عقود الأشغال العامة والتي يتضمن تنفيذها مخاطر غير عادية بالنسبة للأفراد^(١) .

(ب) وكثيرا ما تضمن الادارة عقودها شروطا لصالح العمال الذين يستخدمهم المتعاقدين ، لا سيما في عقود الأشغال العامة وامتيازات المرافق العامة التي تقتضى استخدام أعداد كبيرة من العمال ، مع استمرار العمل لسنوات طويلة^(٢) .

(ج) وأخيرا ، فإن الادارة - درءا لمسئوليتها التي أشرنا إليها فيما سبق - كثيرا ما تضمن عقود الأشغال العامة والامتياز ، شروطا لصالح الملاك الذين يجاورون المكان المخصص لتنفيذ تلك العقود ، وحينئذ يكون من حق هؤلاء الملاك الاستناد الى تلك الشروط لحماية مصالحهم^(٣) .

٣ - حقوق المستفيدين في مواجهة ملتزمي المرافق العامة :

وهذه هي أبرز صور امتداد آثار العقود الادارية الى غير المتعاقدين ، والتي لاخلاف عليها بين الفقهاء . فالذى لا شك فيه أن المستفيدين في حالة عقود الامتياز ، يستمدون من تلك العقود حقوقا مباشرة ، يستطيعون ممارستها ، لا في مواجهة الملتزم فحسب ، بل في مواجهة الادارة أيضا .

(١) حكم النقض الفرنسي ، الدائرة المدنية ، الصادر في ١٠ يونيو سنة ١٩٤١ في قضية (Wadielas Bester) ، مجموعة دالوز سنة ١٩٤٢ ، ص ١١٤ .

(٢) حكم المجلس الصادر في ٢٢ يوليو سنة ١٩٢٧ في قضية (Synd. des Empl. des secteurs électriques de la Seine) ، دالوز سنة ١٩٢٨ ، القسم الثالث ، ص ٤١ مع تعليق فالين .

(٣) حكم المجلس الصادر في ٣ فبراير سنة ١٩٠٥ في قضية (Seureh) مجلة لقانون العام ، سنة ١٩٠٥ ص ٣٤٦ . مع تعليق جيز .

حق المستفيد في مواجهة الادارة : يستطيع المستفيد - كما ذكرنا - أن يلجأ الى القضاء الادارى ، بطلب الغاء القرارات الصادرة من الادارة ، والتي تخول الملتزم حق مخالفة ما يرد في عقد الامياز من شروط . وهو يستطيع أيضا طلب الغاء القرارات الضمنية نتيجة رفض الادارة التدخل لاجبار الملتزم على احترام شروط العقد ، اذا أحل الملتزم بتلك الشروط . وقضاء مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص قديم ، ويرجع - كما رأينا - الى حكمه الصادر فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٦ فى قض. «Syndicat de la Croix de Segney-Tivoli» وما يزال المجلس يلتزمه حتى الآن .

ومن هذا القبيل حكمه الصادر فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٢ فى قضية «Comp. Air. France» ^(١) . بل ان قضا مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص قد تطور فى سبيل التوسعة على المتقاضين ، ذلك أن المجلس كان يتجه فى أول الأمر الى احوالة المستفيد الى قاضى العقد للحصول على حكم بتفسير نص العقد الذى يستند اليه فى طلب الالغاء ، اذا كان هذا النص يحتاج الى شيء من التفسير ^(٢) . أما الآن ، فان المجلس يميل الى تفسير النص بنفسه تمهيدا للفصل فى طلب الالغاء ^(٣) .

(١) المجموعة ص ١٣٤ ، وقد جاء فى الحكم قول المجلس :

«Cons. qu'en vue d'assurer le développement et l'exploitation de l'aéroport de Marseille — Marignane, qui lui a été concédé par décret du 3 jan. 1934, la Chambre de commerce de Marseille a autorisé l'installation de réservoirs et d'appareils de distribution de combustibles et de lubrifiants à l'intérieur de cet établissement moyennant le paiement de taxes homologuées ... et payées par les sociétés bénéficiant de ces installations.

«Que la compagnie requérante, étant usagère de l'aéroport a qualité pour discuter devant la juridiction compétente le droit de l'autorité concédente relatif à l'organisation ou au fonctionnement du service concédé; que sa requête tend à l'annulation de la décision ministérielle d'homologation par le motif que celle-ci aurait été prise en méconnaissance du contrat de concession, auquel ladite compagnie n'a pas été partie; que, par suite, elle est recevable».

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ فى قضية (Baudin) دالوز فى سنة ١٩٣٨ ، القسم الثالث ص ٧٦ .

(٣) حكم المجلس فى ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ فى قضية (Roche de Tilley) دالوز سنة ١٩٣٧ ، القسم الثالث ص ٥ مع تعليق (Heilbronner) .

وللمستفيد أيضا أن يلجأ الى قاضى العقد لاجبار الادارة على
تمكينه من الاستفادة من العقد الادارى وفقا لنصوص هذا العقد .
وذلك ما قرره مجلس الدولة الفرنسى فى حكمه الصادر فى
٢٩ أكتوبر سنة ١٩٢٦ فى قضية «Gey»^(١) فقد تقدم هذا المواطن
الفرنسى للبلدية بطلب تمكينه من الحصول على الكهرباء من الشركة
الملتزمة بالاضاءة . ولما لم يجب الى طلبه لما الى القضاء الادارى
للحصول على حكم من ذلك القضاء بأحقية فى اقتضاء تلك الخدمة ،
فقرر المجلس فى حكمه السابق :

«Il appartenait au conseil de Préfecture, juge dudit contrat, de statuer
sur toutes les difficultés pouvant résulter du refus opposé par la commune
à la demand du sieur G.».

حق المستفيد فى مواجهة الملتزم : وللمستفيد فى هذه الحالة
- وكما رأينا فى القسم الأول من هذا المؤلف - أن يقاضى الملتزم
على أحد أسامين :

الأول : على أساس العقد الذى يربط بين الملتزم والمستفيد ،
وذلك أمام المحاكم القضائية على اعتبار أن هذا العقد من عقود
القانون الخاص وعلى التفصيل السابق .

الثانى : بالاستناد الى عقد الالتزام ذاته . فعينئذ يكون
للمستفيد ، وفقا لحكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٥ نوفمبر
سنة ١٩٣٧ فى قضية^(٢) Union Hydro-Electrique de L'Ouest-Consta
(ntinois) أن يلجأ الى القاضى المدنى للحصول على حكم فى مواجهة
الملتزم بأحقية فى الحصول على الخدمة التى يقوم المرفق
بأداؤها^(٣) .

(١) المجموعة ص ٩٠٠ .

(٢) مجموعة سرى ، سنة ١٩٣٨ ، القسم الثالث ، ص ٦٥ مع تعليق لاروك .

(٣) راجع التفاصيل فى موضعها من هذا المؤلف .

المبحث الثالث

الأساس القانوني لامتناد آثار العقود الادارية الى الغير

ان الآثار التي أشرنا إليها في المبحثين السابقين يتمتع بها غير المتعاقدين اما استنادا الى شروط في المقد ، واما بغير نص في المقد • فهل يمتد ذلك استثناء من قاعدة نسبية العقود ؟ ذلك ما سوف نبحثه عند تعرضنا للأسس التي قيل بها تبريرا لامتناد آثار العقود الادارية الى الغير •

ويمكن ارجاع تلك الأسس الى الأفكار الآتية :

أولا : نظرية الاشتراط لمصلحة الغير •

ثانيا : الطبيعة الذاتية للعقد الادارية •

ثالثا : تبرير كل حالة على حدة •

ونتولى فيما يلي دراسة تلك الأفكار ، على أن نعقب عليها ١
بتحديد معنى الغير في مجال العقود الادارية •

الفرع الأول

نظرية الاشتراط لمصلحة الغير

(Théorie de la stipulation pour autrui)

١ - وهي النظرية المقررة في القانون الخاص لتبرير امتداد آثار العقود الى غير المتعاقدين • وقد ورد النص عليها في المواد من ١٥٤ الى ١٥٦ من القانون المدني على النحو التالي :

مادة ١٥٤ : ١ - يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، اذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية • ٢ - ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع ١٥
أن يطالبه بوفائه ، ما لم يتفق على خلاف ذلك • ويكون لهذا المتعهد

أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن المقد ٣٠ - ويجوز كذلك للمشتري أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع ، إلا إذا تبين من المقد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك » .

مادة ١٥٥ : « ١ - يجوز للمشتري دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع الى المتعهد رغبته فى الاستفادة منها ، ما لم يكن فى ذلك مخالفا لما يقتضيه المقد ٢ - ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتري إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك . وللمشتري إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة » .

مادة ١٥٦ : « ويجوز فى الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلية ، كما يجوز أن يكون شخصا أو جهة لم يميننا وقت العقد ، متى كان تعيينهما مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره طبقا للمشاركة » .

٢ - وواضح من النصوص السابقة أنه لى تتحقق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، يجب أن تتوافر الشروط الآتية :

أولا - أن يتعاقد المشتري باسمه لا باسم المنتفع ، دون أن يدخل المنتفع طرفا فى المقد .

ثانيا - أن يشترط المشتري على المتعهد حقا مباشرا للمنتفع .
ثالثا - أن يكون للمشتري من وراء هذا الاشتراط مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية^(١) .

٣ - وقد لجأت المحاكم القضائية الى هذه النظرية لتبرير بعض آثار عقود الامتياز فى مواجهة المنتفعين ، فى فرنسا^(٢) . وفى مصر

(١) الوسيط للسهرى ، الجزء الأول ، ص ٥٧٣ .

(٢) حكم محكمة السين ، الصادر فى ١٠ مايو سنة ١٩١٦ فى حكم (Donat) مجلة القانون العام سنة ١٩١٦ ص ٢٤١ ، وحكم محكمة (Dolille) الصادر فى ١٣ يناير سنة ١٩٢٨ فى قضية (Comp. Boulannaise d'Eclairage) منشور فى مجموعة دالوز سنة ١٩٤٠ ، القسم الثانى ، ص ١٩ مع تعليق فالين .

أيضا ، فقد أورد الدكتور السنهوري في وسيطه ضمن تطبيقات هذه النظرية ، الشروط التي ترد في عقود الاحتكار والتزام المرافق العامة لصالح المنتجين ، وتلك التي تتضمنها دفاتر الشروط لصالح العمال من حيث ساعات العمل ، والتمويض عن الإصابات . . الخ في مجال عقود المقاولات^(١) .

٤ - ويسلم فقهاء القانون العام - بل وبعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي - بوجود بعض التطبيقات لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير في مجال العقود الإدارية . والواقع أنه ليس ثمة مانع من تطبيق فكرة الاشتراط لمصلحة الغير في نطاق العقود الإدارية متى توافرت شروطها ، ذلك أن أحكامها لا تتعارض مع مقتضيات سير المرافق العامة ، التي تهيمن على أحكام تلك العقود . ومن أوضاع تطبيقات النظرية حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٧ يونيو سنة ١٩٣٨ في قضية^(٢) «Chemin de fer de la Camargue» وتتلخص ظروف تلك القضية فيما يلي : منحت إحدى المقاطعات الفرنسية لشركة من الشركات حق استغلال مرفق من مرافق السكك الحديدية المحلية بمقتضى عقد امتياز ، وضمت المقاطعة هذا المقعد ، شرطا بمقتضاه احتفظت للدولة بحق مد خطوط تليفونية فوق المنطقة المخصصة للمرفق موضع الاتفاق . ولما حدث خلاف حول تفسير هذا الشرط ، أوضع المفوض (Lagrango) الذي نيط به دراسة هذه القضية ، أن الشرط موضع الخلاف هو من قبيل الاشتراط لمصلحة الغير^(٣) ، وبالتالي فإن قاضي المقعد هو وحده المختص بالفصل في مثل هذا النزاع . وبهذا التوجيه أخذ مجلس الدولة الفرنسي صراحة في حكمه السابق حيث يقول :

(١) الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء الأول ص ٥٧٣ ، والأحكام التي أشار إليها .

(٢) منشور في مجموعة دالوز ، سنة ١٩٤٠ ، القسم الثالث ، ص ٥ مع تقرير المفوض (Lagrango) .

(٣) بمعنى أن (المقاطعة) تشترط لصالح الدولة ، وكلاهما شخص معنوي عام مستقل عن الآخر .

«L'Etat fonde sur les clauses insérées à son profit dans le traité, qu'ainsi la créance dont il entend se prévaloir se rattache directement à l'exécution dudit contrat de concession, que c'est par suite au conseil de préfecture qu'il appartenait de statuer sur le litige dont s'agit».

ومعنى هذا الحكم ، أن المستفيد انما يستفيد حقا مباشرا من العقد وبالتالي فان قاضى ذلك العقد هو الذى يختص بكل نزاع يدور حول تفسير الشرط أو يشره تنفيذه^(١) .

٥ - ولكن امكان تطبيق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير فى مجال العقود الادارية ، لا يعنى صلاحية تلك النظرية لتفسير الآثار التى ترتبها العقود الادارية فى مواجهة الغير فى جميع الحالات :

فالنظرية تطبق بلا أدنى شك فى كل حالة تستوفى شروط التطبيق التى أشرنا اليها فيما سلف . وأوضح ما يكون ذلك فى عقود الأشغال العامة بالنسبة الى الشروط التى تتضمنها تلك العقود، والتى ترد لصالح العمال ، وقد سبق أن أشرنا الى أمثلة لها ، وذكرنا أن المشرع نفسه كثيرا ما يلزم الادارة بالنص على تلك الشروط فى العقد .

ومع تلك الحالات أيضا النصوص التى ترد فى العقود الادارية باستمرار والتى تجمل المتعاقدين الأصليين مسئولاً مباشرة فى مواجهة الادارة والعمال فى حالة نزوله عن العقد الى مقاول آخر بموافقة الادارة^(٢) .

ولكن النظرية لا تصلح لتبرير آثار العقود الادارية فى مواجهة الغير فى كثير من الحالات ، ونعنى بالذات حالة الالتجاء الى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير لتبرير المزايا والحقوق التى يستمدها

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٢ يوليو سنة ١٩٢٧ فى قضية - (Syndicat des employés de secteurs électrique de la Seine) منشور فى مجموعة دالوز ، سنة ١٩٣٨ ، القسم الثالث ص ٤١ ، مع تعليق الأستاذ فالين .

(٢) بهذا المعنى حكم النقض الفرنسى الصادر فى ١٣ مارس سنة ١٨٨٩ ، منشور فى مجموعة ميرى سنة ١٨٨٩ ، القسم الأول ص ٢٦٣ وفى ١٦ مارس سنة ١٨٩٨ ، مجموعة ميرى سنة ١٩٠٢ ، القسم الأول ، ص ٣٦٠ .

المستفيدون من عقود الامتياز^١ وينادى بهذا التكييف فقهاء القانون المدني في العادة^(١) .

ولكن هذا التبرير ترفضه غالبية فقهاء القانون المصم ، كما انتقده بعض المفوضين صراحة في تقاريرهم المقدمة الى مجلس الدولة الفرنسي^(٢) . ويوجه الفقهاء الى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير - كأساس عام ، لتبرير آثار العقود الادارية في مواجهة الغير ، في مجال عقود الامتياز بصفة خاصة ، والعقود الادارية بصفة عامة - الانتقادات التالية :

أولا - يشترط لتطبيق النظرية أن يكون المستفيد معينا أو ممكن التمييز . وهذا الشرط من العسير تحقيقه ، نظرا لأن الادارة تستطيع في كل وقت أن تتدخل في عقود الامتياز ، وأن تعدل شروط الانتفاع فتدخل بين المنتفعين طوائف جديدة أو تنقص من الطوائف القديمة .

ثانيا - تؤدي نظرية الاشتراط لمصلحة الغير الى منح هذا الغير حقا مباشرا بمقتضى العقد ، وتخوله الحق في مقاضاة المتعهد . وكل هذا مسلم به في مجال العقود الادارية . ولكن عقود الامتياز كما رأينا تخول المستفيد حقوقا أكثر من ذلك ، إذ تسمح له بمقاضاة الادارة ذاتها ، وهو ما لا يتفق مع فكرة الاشتراط لمصلحة الغير .

ثالثا - متى قبل المستفيد الشرط ، فإن حقه يستقر بصفة نهائية . وليس هذا هو الشأن في مجال عقود الامتياز ، نظرا لأن

(١) سبق أن أشرنا الى رأى الدكتور السهنوري في هذا الصدد ، فهو يقول في وسيطه (الجزء الأول ص ٥٧٢ أنه « اذا حصلت شركة على احتكار تلتزم به مرققا من المرافق العامة ، كالاحتكار الذي يمنح لشركات المياه والنور والغاز والنقل ونحو ذلك ، فإن مانع الاحتكار - الحكومة أو أحد المجالس البلدية - يشترط عادة على المحتكر شروطا لمصلحة المنتفعين من الجمهور ، فيشترط مثلا حدا معينا من الأجر لا يجوز للمحتكر أن يجاوزه ، في مثل هذه الحالة يوجد اشتراط لمصلحة الغير . ويكون لكل فرد من الجمهور حق مباشر يكسبه من عقد الاحتكار ، ويستطيع بمقتضاه أن يتقاضى المحتكر ويطالبه بتنفيذ الشروط التي فرضت لمصلحته » .

(٢) على سبيل المثال تقرير المفوض (Odent) في قضية (Cie gén des eaux) والتي صدر فيها حكم المجلس في ٥ مايو سنة ١٩٤٢ - دالوز سنة ١٩٤٤ ، ص ١٢١ .

الإدارة تستطيع في كل وقت - كما رأينا - أن تتدخل في مجال الرسوم التي يتقاضاها الملتزم من المتفمين ، وأن تعملها بالنقص أو بالزيادة ، فيسرى التمديل على جميع المتفمين سواء القدماء أو الذين يطلبون الاستفادة بمد التمديل .

رابعا : لا يمكن لفكرة الاشتراط لمصلحة الغير بحال من الأحوال . أن تفسر حق المستفيدين في الالتجاء الى قاضي الالفاء ، للحصول على أحكام بالغاء بعض القرارات التي تصدر من الملتزم في خصوص تنظيم عقد الامتياز ، لأن مخالفة الإدارة لشرط وارد في عقد من العقود يثير المسؤولية التعاقدية التي تحسم عن طريق القضاء الكامل لا عن طريق قضاء الالفاء . فهذا القضاء الأخير ، قضاء عيني «contentieux objectif» لا يثار الا اذا كان ثمة نزاع يتعلق بالمشروعية لا بالاعتداء على حقوق شخصية^(١) .

خامسا : اذا صلحت نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في بعض الحالات لتفسير الآثار المفيدة للعقود الإدارية في مواجهة الغير ، فانه لا تصلح قطعا لتبرير الأعباء التي تفرضها تلك العقود على الغير ، والتي رأينا أمثلة لها في مطلع هذا المبحث . وهذا النقذ شامل ، ولا يقتصر على عقود الامتياز كما هو الشأن بالنسبة الى الانتقادات السابقة .

ومن ثم فانه نمود فنؤكد أنه ليس ثمة مانع قانوني يحول دون تطبيق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في مجال العقود الإدارية بشرط مراعاة أحكامها المنصوص عليها في المواد من ١٥٤ الى ١٦٥ من القانون المدني المصري والتي أوردناها فيما سلف . ولكن هذه النظرية لا تصلح أساسا لتبرير امتداد آثار العقود الإدارية الى الغير لا في مجال عقود الامتياز ، ولا في الحالات التي لا تتوافر فيها الشروط الواردة في المجموعة المدنية .

(١) في التفاصيل يراجع مؤلفنا في « القضاء الإداري » وقد سبقت الإشارة اليه .

الفرع الثانى

الاستناد الى الطبيعة الذاتية للعقود الادارية

ولقد نادى بهذا الأساس العام الفقيه «Péquignot» فى رسالته وفى بحثه الذين أشرنا اليهما أكثر من مرة . فهو يرى أنه من غير الجائز التقيد بالقاعدة المدنية التى تقضى بقصر آثار العقود على أطرافها ، كما أنه من غير المجدى فى نظره محاولة اكراه نظرية الاشتراط لمصلحة الغير المدنية ، وتحويل أحكامها بحيث تصلح سنداً قانونياً لتبرير الآثار التى تولدها العقود الادارية فى مواجهة الغير . ذلك أن من طبيعة العقود الادارية أن تولد آثاراً فى مواجهة الغير ، لأن هذه ليست الا وسيلة من وسائل الادارة فى سبيل تحقيق الصالح العام . وسواء تصرفت الادارة عن طريق العقود الادارية أو عن طريق غيرها من وسائل ، فانها انما تستعمل اختصاصاً تستمدّه من القوانين واللوائح ، ومن شأن ممارسة هذه الاختصاصات أن تولد حقوقاً والتزامات فى مواجهة الأفراد ^(١) .

على أنه اذا كان هذا الرأى يرجع آثار العقود الادارية فى مواجهة الغير الى طبيعة الاختصاصات الادارية بصفة عامة ، فان المقصود الادارية هى المصدر المباشر لتلك الآثار ، نظراً لأن هذه العقود هى التى تجعل المتماقد دائناً أو مديناً بتلك الآثار فى مواجهة الغير .

(١) راجع المزمرة رقم ٥١١ ، بند رقم ٥٢٩ من بحثه المشار اليه حيث يقول :

«En réalité, il est de l'essence des contrats administratifs de produire des effets à l'égard des tiers, parceque l'Administration n'a pas stipulé dans un intérêt égoïste, mais animée par un but de service public et en vue de l'intérêt général, c'est à dire pour le public. Qu'elle pourvoie au service public au moyen du contrat ou autrement, l'Administration, exerce une compétence qu'elle tient de la loi et fait produire à ses actes des effets toujours plus ou moins généraux».

فأرادة الإدارة المتعاقدة ، باعتبار أنها تسمى دائما في سبيل تحقيق الصالح العام ، هي التي تولد آثارا في مواجهة الغير .
أما إرادة الفرد المتعاقد فمأجرة عن تحقيق مثل هذه الآثار .

«Les droit et les obligations que les tiers tirent du contrat administratif ont donc leur source exclusivement dans la volonté de l'administration contractante, telle qu'elle qu'elle s'est manifestée dans le contrat administratif».

الفرع الثالث

انكار المبدأ في ذاته ومحاولة تبرير كل حالة على حدة

١ - يذهب فريق من الفقهاء الى أن العقود الادارية تخضع لقاعدة نسبة آثارها كما هو الشأن في عقود القانون الخاص . ومن هذا الرأي الفقيه دى لوبادير ، الذى يستند الى أحكام مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد ، والتي مثل لها بالأحكام الآتية :

(أ) حكم المجلس الصادر فى ١٨ مارس سنة ١٩٢٧ فى قضية «Fauvet» ^(١) حيث يقول :

«Le Sieur F. n'ayant pas été partie au marché, n'est pas recevable à saisir le Conseil d'Etat de conclusions tendant à faire déclarer l'Etat débiteur à son égard».

(ب) حكم المجلس الصادر فى ١٨ مارس سنة ١٩٢٧ فى قضية «Cie international du gaz» ^(٢) وقد ورد فيه :

«Un tel moyen, d'ailleurs fondé sur un contrat auquel l'Etat est étranger, ne saurait être invoqué».

(ج) وأخيرا حكم المجلس الصادر فى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٠٧ فى قضية «Esotés» ^(٣) حيث يؤكد :

«Aucune disposition de loi ou de règlement ne fait obstacle à ce que, au point de vue des rapports entre les parties contractantes, les clauses d'un marché passé par adjudication soient modifiées d'un commun accord en cours d'exécutions».

(١) المجموعة ص ٣٦٠

(٢) مجموعة سبرى ، سنة ١٩٣٩ ، القسم الثالث ص ١ مع تعليق الفقيه (Alibert)

(٣) المجموعة ص ٨٤٩

٢ - ولكن الفقيه دى لوبادير ، لم يكن ليستطيع أن ينكر الحالات الكثيرة التى تؤدى فيها العقود الادارية الى افادة الغير أو الى تحميله ببعض الأعباء . وقد رأى أن تلك الحالات ، لا تعتبر تطبيقاً لمبدأ عام ، كما يؤكد الفقيه بيكينو ، ولكنها حالات استثنائية يمكن ارجاع كل طائفة منها الى أساس قانونى معروف لا يمس قاعدة نسبية العقود وذلك على النحو التالى :

أولاً : هناك بعض حالات صورها الفقيه بيكينو على أنها تعتبر تطبيقاً لقاعدة امتداد آثار العقد الى الغير ، وهى فى حقيقتها ليست كذلك . ومنها فى نظر الفقيه دى لوبادير ، حق الغير فى أن تبرم العقود الادارية وفقاً للقانون . وقد سبق أن أبدينا ذات الرأى ، ولا شك لدينا فى سلامة هذا الاعتراض .

ومنها أيضاً المزايا التى يستمدّها المتعاقد من العقد ، كشرط ضمان عدم المنافسة ، أو الاعفاء من الضرائب ... الخ . وهنا أيضاً نوافق الفقيه دى لوبادير على أن الآثار التى ترتبها مثل هذه الشروط فى مواجهة الغير تعتبر آثاراً غير مباشرة ولا ترقى الى مرتبة الاستثناءات من قاعدة نسبية آثار العقود .

ثانياً : فيما يتعلق ببعض الالتزامات التى يتحملها الغير نتيجة للشروط الواردة فى العقد ، كحق المتعاقد فى شغل بعض الأملاك العامة المجاورة لموقع العمل ، أو فى أخذ مواد منها ، واحتمال استفادة المتعاقد من سلطة نزع الملكية ... الخ ، فإن الفقيه دى لوبادير يرد أساسها الى القانون ذاته باعتباره المصدر الذى رتب هذه الالتزامات ، وبالتالي فإنه يعتبرها من قبيل « الارتفاقات القانونية »

«Les servitudes légales»

ثالثاً : فى معظم الحالات التى تمتد فيها آثار العقود الادارية الى الغير نتيجة لشروط العقد ، فإن دى لوبادير يرجع ذلك الى فكرة الاشتراطات لمصلحة الغير بشروطها المعروفة .

وأبها: في حالة عقد الامتياز ، يرجع استفادة الغير من الشروط الواردة في عقد الامتياز الى الطبيعة اللائحية لتلك الشروط ، ذلك أن الفقيه دى لوبيدير يرى أن شروط عقد الالتزام وحده والمتصلة بتسيير المرفق ، هي دون غيرها التي يمكن أن توصف بالطبيعة اللائحية ، كما ذكرنا فيما سلف^(١) .

٣ - والواقع أن فكرة الآثار التي يمكن أن ترتبها العقود الادارية في مواجهة الغير ، يمكن أن تحل في نظرنا على ضوء الأفكار الرئيسية التي أشرنا اليها عند دراسة الأسس العامة التي تقوم عليها فكرة العقد الادارى . فلقد سبق أن ذكرنا أن صلة العقد بالمرفق العام ، وبتحقيق الصالح العام ، قد خرجت بالمقود الادارية عن القواعد المدنية التقليدية في مجال المقود . ولهذا فقد اضطررنا باستمرار الى تقسيم الشروط التي ترد في العقد الادارى الى طائفتين وفقا لمدى اتصالها بالمرفق العام ، ورتبنا على هذا التقسيم أحكاما كثيرة . ولدينا أن هذا التقسيم يحتفظ بقيمته وبأثره في هذا المجال من حيث معرفة مدى أثر المقود بالنسبة الى غير أطرافها ، وذلك على النحو التالي :

أولا - من حيث الشروط التي لا تتصل بالمرفق العام : وهي التي يعبر عنها عادة باصطلاح « الشروط التصاقية » وفي هذا المجال تقتصر آثار المقود على أطرافها ، وفقا للقاعدة المسلم بها في القانون الخاص ، اللهم الا اذا تضمنت تلك الشروط نصا صريحا يرتب حقا للغير . وهنا تطبق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير المدنية ، بشرط امتثاق أحكام هذه النظرية .

ثانيا - من حيث الشروط التي تتصل بتنظيم المرفق العام : وهي الشروط التي نرى تسميتها شروطا لائحية « clauses réglementaires » وبالنسبة الى هذه الشروط بالذات خرجت القواعد المنظمة للمقود

(١) راجع مناقشته لهذا الموضوع ، في موطؤه في المقود ، الجزء الثاني ، مائتين من ٨٧ .

الادارية عن مثيلاتها فى القانون الخاص ، ذلك أن تنظيم المرفق العام ، هو بطبيعة موضوع ادارى . فاذا وردت بخصوصه بعض الشروط فى عقد من العقود ، فلا معنى ذلك أن الادارة قد تخلت عن واجبها الاصيل فى تنظيم المرفق العام لفرد من الأفراد ، وانما تدرج هذه الشروط فى العقود ، لكى يقدر المتعاقد التزاماته على هداها ، وهو يعلم سلفا أنه لا سلطان له على تلك الشروط ، وانها قابلة للتعديل فى كل وقت كما رأينا . ولهذا قالت محكمة القضاء الادارى المصرية فى حديثها عن تلك الشروط ، ان المتعاقد « ... اذا قبلها أصبح فى مركز تعاقدى شكلا ، تنظيمى موضوعا ، ومن هنا ينشأ عن العقود الادارية مراكز خاصة تختلف تماما عن تلك التى تنشأ فى ظل العقود المدنية » . وقد لجأ الفقيه دى لوبادير الى هذا التكييف فى حالة عقود الامتياز . ولكنه رفض فكرة الشروط اللائحية فى مجال العقود الادارية الأخرى ، فاضطر الى أن يلجأ الى أكثر من سند لتبرير أثر العقود الادارية بالنسبة الى الغير . ولكننا نرى أنه لا محل لتمييز عقود الامتياز عن غيرها فى هذا الصدد ، وأنه يجب التسليم بالطبيعة اللائحية لكافة الشروط المتصلة بتسيير المرافق العامة والتى ترد فى العقود الادارية . ومتى سلمنا بهذه الطبيعة اللائحية ، أصبح من المفهوم لماذا ترتب العقود الادارية آثارا فى مواجهة الغير فى بعض الحالات ، ذلك أن القرارات الادارية ، انما تعبر عن ارادة الادارة وحدها ، ولا تحتاج الى مصادقة الأفراد على ما ترتبه لهم من مزايا أو ما تفرضه عليهم من أعباء . وهذا التكييف عندنا ، ينسجم مع الأحكام الاساسية للعقود الادارية ، كما أنه يفسر أثر العقود الادارية بالنسبة الى الغير ، ويضع هذه الفكرة فى نطاقها الطبيعى ، ويرسم حدودها المقتولة .

الفرع الرابع

تعديد معنى الغير فى مجال العقود الادارية

لا يشير تحديد فكرة الغير (La notion de tiers) الى صعوبة فيما يتعلق بالأفراد الذين يتعاقدون مع الادارة أو غيرهم ممن يمسهم العقد .

ولكن كانت هناك صعوبة فيما يتعلق بتحديد جهات الادارة التى تعتبر من قبيل الغير بالنسبة الى عقد ادارى معين ، ذلك أن مجلس الدولة الفرنسى قد جرى فى تاريخ متقدم على اعتبار أن المرافق العامة تعتبر غيرا بالنسبة الى العقود التى يبرمها مرفق معين ، وذلك بصرف النظر عن تمتع تلك المرافق بالشخصية المعنوية . وعلى هذا الأساس تعتبر الوزارات الأخرى ، غيرا بالنسبة الى العقود التى يبرمها وزير معين فيما يتعلق بشئون وزارته^(١) .

هذا المسلك هجره مجلس الدولة الفرنسى والفقهاء منذ آمد بعيد ، وأصبحت فكرة الغير فى مجال العقود الادارية بصفة خاصة ، ومجال التنظيم الادارى «La structure de l'administration» بصفة عامة ، مرتبطة بفكرة الشخصية المعنوية . وبالتالى فان جهة ادارية معينة لا تعتبر من قبيل الغير بالنسبة الى جهة ادارية أخرى الا اذا كانت كل جهة منها تابعة لشخص ممنوى مستقل . فالوزارات لا تعتبر غيرا بالنسبة الى الدولة ، لأن كل وزارة لا تتمتع بشخصية مستقلة عن شخصية الدولة . ولكن المحافظات والمراكز والمدن والاحياء والقرى والهيئات العامة تعتبر غيرا بالنسبة الى الدولة وبالنسبة الى العقود التى يبرمها كل شخص عام من هذه الأشخاص .

ولقد سبق أن أشرنا الى هذه الفكرة عند دراسة نظرية عمل الأمير ، ويجب اتباعها كلما أثير موضوع « الغير » فى مجال القانون العام . وراجع حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ١١/٧/١٩٦٥ (مجموعة أحكام المحكمة ، ص ١٨٧١) حيث طبقت المبدأ المشار اليه .

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٩ مايو سنة ١٨٦٥ فى قضية «Mony de Montmort» المجموعة ص ٥٥٤ .

القسم الرابع

نهاية العقود الادارية

وندرس فيه :

- أولا : الأسباب العامة لنهاية العقود الادارية
- ثانيا : دراسة خاصة لنهاية عقود الامتياز والأشغال العامة والتوريد

الباب الأول

الأسباب العامة لنهاية العقود الادارية

قد تنتهى العقود الادارية نهاية طبيعية ، لذات الأسباب التى تنتهى بها العقود فى نطاق القانون الخاص • ولا يختلف الحال فى مجال القانون الادارى عنه فى مجال القانون المدنى • ولكن العقود الادارية قد تنتهى نهاية مبسرة ، قبل أجلها الطبيعى • وهنا توجد الأحكام المميزة للعقود الادارية عن غيرها من عقود القانون الخاص • ومن ثم فأننا نشير باختصار الى حالات نهاية العقود الادارية نهاية طبيعية ، ثم نتناول بشئ من التفصيل الوسائل التى تنتهى بها العقود الادارية نهاية مبسرة •

الفصل الأول

نهاية العقود الادارية نهاية طبيعية

١ - تنتهى العقود بصفة عامة - ومن بينها العقود الادارية - نهاية طبيعية فى الحالتين الآتيتين :

أولاً : انتهاء العقد (أو انقضاؤه) لتنفيذ ما يترتب عليه من التزامات تنفيذا كاملاً^(١) . فعقد الأشغال العامة أو التوريد مثلاً ، والذي نفذ فيه المتعاقد التزاماته ، بإتمام الأعمال المطلوبة فى الحالة الأولى ، وتسليم البضائع فى الحالة الثانية ، ينتضى متى أدت الادارة الثمن كاملاً للمتعاقد .

ثانياً : انقضاء العقد لنهاية المدة المحددة لبقائه^(٢) : ذلك أن من العقود الادارية ، ما يرتبط بقاؤه بمدى زمنى محدد . ومثال ذلك عقود الالتزام ، والتي يجب ألا تزيد مدتها على ثلاثين سنة كما ذكرنا ، وعقود الأشغال العامة المتعلقة بصيانة بعض المنشآت لمدى زمنى محدد ، وعقود التوريد لمدة محدودة ، وعقود الايجار . . الخ . فى كل هذه الحالات ينتهى العقد بحلول المدة المتفق عليها فيه .

٢ - غير أنه يجب التمييز فى هذا الخصوص بين العقود الفورية ، والعقود الزمنية :

فالعقود الفورية تنقضى بالتنفيذ الى غير رجعه .

أما العقود الزمنية «Les contrats à durée déterminées» فقد تتولد عنها بعض الآثار رغم انقضاء المدة ، بحيث يكون للمتعاقد الذى يستمر فى تنفيذ التزاماته التعاقدية بعد مرور المدة الحق فى مطالبة الادارة بالمقابل ، وذلك فى الصورتين التاليتين :

«Fin du contrat par la réalisation de son objet».

(١)

«Fin du contrat par l'arrivée du terme extinctif».

(٢)

(١) حالة الموافقة على التجديد الصريح أو الضمني : ولا صعوبة في حالة التجديد الصريح . ولكن يدق الأمر في حالة التجديد الضمني . ومع ذلك فقد علم به مجلس الدولة الفرنسي إذا كانت ظروف الحال تكشف عن رضا ضمني من جانب الإدارة والمتعاقد على الاستمرار في التنفيذ رغم انقضاء المدة المتفق عليها في العقد^(١) . كما أن المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٢٦ فبراير سنة ١٩٧٢ (ص ١٧ ، ص ٢٦٣) ترى أنه إذا لم يتضمن العقد بيان كيفية تجديده ، وإذا لم توجد نصوص خاصة في هذا الصدد ، « فانه يتمين ، والحالة هذه ، الرجوع في هذا الشأن الى الأحكام العامة الواردة في القانون المدني » وبالتالي فان المحكمة قد طبقت المادة ٥٦٣ من القانون المشار اليه .

(ب) وشبيه بالحالة السابقة ، حالة استمرار ملتزم المرافق العام في أداء الخدمة المنوطة بالمرافق العام ، بشرط حسن النية ، وثبوت فائدة الخدمة للإدارة فيعتمد ، يعوض مجلس الدولة الفرنسي الملتزم بصرف النظر عن فكرة التجديد الضمني للمقدد «La notion de contrat tacite» وذلك على أساس شبه العقد^(٢) «une situation quasi — contractuelle»

٣ - وتقرر المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٨ فبراير سنة ١٩٨٦ (الطعن رقم ٢٥٣ و ٦٥٢ لسنة ١٨ قضائية) أن مناط تجديد العقد الإداري (حيث يجوز التجديد) هو موافقة طرفية ، وسلطة الإدارة في قبول التجديد أو رفضه طبقا لما تراه معقلا للمصلحة العامة .

(١) راجع على سبيل المثال ، حكم الصادر في ١٥ يونية سنة ١٩٥١ في قضية (Société hydraulique Asie) المجموعة ص ٣٤٩ ، ولقد جاء فيه : «La Société dont les travaux de prospection devaient normalement prendre fin le 27 avril 1940 ... en a poursuivi l'exécution après cette date par un accord tacite avec la colonie».

(٢) حكم المجلس الصادر في ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٢ في قضية (Dame Vve Bastié) المجموعة ص ٩٢ .

الفصل الثاني

النهاية المبسرة للمقود الادارية

قد لا يبقى المقد الادارى حتى ينتهى نهاية طبيعية بالتنفيذ او بانقضاء المدة كما فى الحالة السابقة ، بل يحدث أن ينتهى نهاية مبسرة وقبل الأوان (d'une manière prématurée) ويمكن ارجاع انقضاء المقد فى هذه الحالة الى الأسباب الآتية :

أولا : الفسخ باتفاق الطرفين أو التقايل
(La résiliation conventionnelle)

ثانيا : الفسخ بقوة القانون
(La résiliation de plein droit)

ثالثا : الفسخ القضائى
(La résiliation juridictionnelle)

رابعا : الفسخ عن طريق الادارة
(La résiliation administrative)

خامسا : وهناك حالات خاصة تصدر فيها قوانين لتنظيم كيفية انهاء بعض المقود فى ظروف معينة -

وفيما يلى نعرض لدراسة الحالات السابقة -

المبحث الأول

الفسخ باتفاق الطرفين أو التقايل

قد تنتهى المقود الادارية نهاية مبسرة اذا اتفق المتعاقد وجهة الادارة على انهاء المقد قبل نهايته الطبيعية ، ذلك أن الزام المقد الادارى انما يستند الى رضاه الطرفين ، وبالتالى فانه يزول برضاها أيضا ، ولا صعوبة فى هذا المجال اذ تطبق الأحكام المدنية فى هذا الصدد -

ولا بد لانهاء المقد بهذه الصورة من موافقة الجهة التى تملك ابرامه ، ويجب أن تظهر ارادتها واضحة ، ولكن لا يشترط أن

تفرغ تلك الارادة فى صورة معينة • وقد سلم مجلس الدولة الفرنسى بانتهاء بعض العقود نتيجة تبادل خطابات بين الادارة والمتعاقد معها^(١) • وقد يكون الفسخ الاتفاقى مصحوبا بتمويض المتعاقد عما فاتته من تكملة تنفيذ العقد أو بلا تمويض وفقا لما يتفق عليه المتعاقدان ، فذلك مما يترك لحريةهما المطلقة • وحالات هذا التقايل كثيرة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، وهى مجرد تطبيقات للقواعد العامة ، ومن ثم فانها لا تحتاج لدراسة تفصيلية خاصة^(٢) •

المبحث الثانى

الفسخ بقوة القانون

ينقضى العقد بقوة القانون (de plein droit) فى بعض الحالات متى تحققت شروط معينة منها :

أولا : هلاك محل العقد (La disparition de l'objet du contrat)
فاذا هلك محل العقد ، انقضى القد بقوة القانون • وقد يكون هلاك المحل بسبب خارجى عن الطرفين ، كتدمير محطة القوى التى أبرم العقد لاستغلالها نتيجة للحرب^(٣) ، وهنا ينقضى العقد دون أن يتحمل أى من الطرفين تمويضا بسبب هذا الانقضاء •

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٢ فى قضية (Drouard) المجموعة من ١١١٢ (de simples lettres échangées par les parties) .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٣ فى قضية (Le Loir) المجموعة من ١٣٦ وفى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ فى قضية (Drouard) المجموعة من ١١١٢ وفى أول سبتمبر سنة ١٩٤٤ فى قضية (Pillard frères) المجموعة من ٢٤٠ وفى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٤٦ فى قضية (Ville de Sancerre) المجموعة من ٢٤٧ ، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسى بسلامة التقايل فى هذه القضية رغم أن الادارة قد أكدت عليه خطأ لامتقادهما بأن القانون يوجب اتمام الفسخ فى تلك الحالة •

(٣) حكم المجلس الصادر فى ١٦ يوليو سنة ١٩٥٢ فى قضية (Electricité de France) المجموعة من ٣٨٠ • وقد جاء فيه :

«La destruction le 12 juin 1940 de la station en vue de l'exploitation de laquelle avait été conclu le marché a constitué un événement de guerre ayant eu pour effet de rendre définitivement impossible l'exécution de ce marché et par voie de conséquence l'application des stipulations qu'il comportait ... par suit Electricité de France n'est pas fondée à soutenir que le marché dont s'agit n'a pas pris fin à la date susindiquée».

وقد يكون يرجع الهلاك الى عمل الادارة ، وحينئذ نكون على الحد الفاصل بين انتهاء العقد بقوة القانون ، وانتهائه بالطريق الإداري . وهنا قد يصحب انتهاء العقد ، تمويض المتعاقد عن هذه النهاية المبسرة لمعقده ، وذلك في حالة ما اذا هلك المجل نتيجة لاجراء عام ، فحينئذ لا يموض المتعاقد الا اذا توافرت شروط نظرية عمل الأمير ، والتي درناها فيما سلف .

ثانيا : اذا تحققت شروط معينة منصوص عليها في العقد :
(*Résiliation de plein droit prévue par le contrat*) فمضى تحققت تلك الشروط ينفسخ العقد بقوة القانون من تاريخ تحققها^(١) .

ثالثا : اذا تحققت أسباب معينة منصوص عليها في القوانين أو اللوائح : (*Résiliation de plein droit prévue par la loi*) وهنا أيضا يتم انفساخ العقد من تاريخ تحقق الأمور المنصوص عليها في القوانين أو اللوائح .

وأحيانا يصدر تشريع يقضى بانتهاء بعض أنواع العقود المقود ، وذلك لأسباب معينة مثل انتهاء الحرب التي أبرمت تلك المقود لمواجهةها .

في جميع الحالات السابقة يتم الفسخ بقوة القانون من تاريخ تحقق أسبابه .

البعث الثالث

الفسخ القضائي

والفسخ القضائي (*La résiliation judiciaire*) - كما يدل عليه اسمه - هو الذي يتعين أن ينطق به القاضي بناء على طلب أحد الطرفين .

(١) حكم المجلس في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٤ في قضية (Soc. d'Etat à la défense) المجموعة ص ٢٧٦ .

وترتد آثار هذا الفسخ الى تاريخ رفع الدعوى .
والأسباب التى من أجلها يحكم القضاء الادارى بالفسخ عديدة ،
ولكن الفقهاء يردون تلك الأسباب الى ثلاث مجموعات^(١) :

- أولاً : الفسخ القضائى بسبب القوة القاهرة .
 - ثانياً : الفسخ القضائى كجزاء للاخلال بالالتزامات العقدية .
 - ثالثاً : الفسخ كموازن لحق الادارة فى التعديل .
- وفيما يلى ندرس هذه الأسباب على التوالى :

الفرع الأول

حالة القوة القاهرة

١ - تؤدى القوة القاهرة بمعناها المعروف (La force majeure) الى اعدام المتعاقد من التنفيذ . وبالتالي فان الادارة فى هذه الحالة لا تستطيع ارغامه على التنفيذ ، ولا أن توقع عليه عقوبات يقصد تحقيق هذه الغاية ، كما أنها لا تستطيع أن توقع عليه غرامات التأخير . ولكن ما أثر القوة القاهرة على العقد ؟

ان المسلم به فى القانون المدنى المصرى ، أن القوة القاهرة ، والسبب الأجنبى بصفة عامة ، يؤدى الى انفساخ العقد من تلقاء نفسه وفقاً للمادة ٣٧٣ من القانون المدنى . وبهذا المعنى تعتبر القوة القاهرة من الأسباب القانونية لانفساخ العقد . فاذا التجأ المتعاقد الى القضاء للحصول على حكم بأن استحالة التنفيذ ترجع الى سبب أجنبى ، فان الحكم فى هذه الحالة يقرر الفسخ ولا ينشئه^(٢) .

٢ - ولكن فى القانون الفرنسى ، يقوم خلاف بين الفقه والقضاء فى هذا الصدد : فالفقهاء يؤيدون وجهة النظر المقررة فى مصر

(١) مطول دى لوبادير فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ١٤٧ .

(٢) الوسيط للستوروى ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص ٧٢٤ - ٧٢٥ .
(م ٤٩ - العقود الادارية)

تشريعيا ، ولكن المحاكم القضائية ، تميل الى جعل القوة القاهرة سببا للمطالبة بإلغاء قضايا^(١) . فما هو الوضع فى نطاق العقود الادارية ؟! ان للقوة القاهرة وضما خاصا فى نطاق العقود الادارية ، ذلك أن مجلس الدولة الفرنسى قد توسع فى معنى القوة القاهرة ، فأصبح لها معنيان فى قضائه :

(أ) المعنى الأول : وهو المعنى الأصيل للقوة القاهرة ، وهى الحادث الخارجى ، الذى يستحيل دفعه ، والذى يؤدى الى استحالة التنفيذ استحالة مطلقة . فهل تؤدى القوة القاهرة فى هذه الحالة الى انقضاء العقد بقوة القانون ؟! لقد حكم مجلس الدولة الفرنسى بهذا المعنى فى حكمه الصادر فى ١٦ يوليو سنة ١٩٥٢ فى قضية (électricité de France)^(٢) ، التى تتميز بأن القوة القاهرة (الحرب) قد أدت الى هلاك موضوع العقد . ومن ثم فقد أدرجنا هذا الحكم فى تطبيقات الفسخ بقوة القانون .

ولكن هل يسرى الحكم السابق على جميع صور القوة القاهرة - بهذا المعنى - والتى لا يكون أثرها بمثل هذا الوضوح ؟! هذا ما يتشكك فيه الفقيه دى لوبادير . فهو يرى أنه يتمين فى هذه الحالة التفرقة بين الفسخ الذى يطلبه المتعاقد ، وذلك الذى تطلبه الادارة :

ففيما يتعلق بالمتعاقد يرى الفقيه دى لوبادير ، أنه يتمين عليه أن يلجأ الى القضاء للحصول على حكم بإلغاء العقد للقوة القاهرة^(٣) .

(١) بلانول وريير ، بند رقم ٤١٢ ، كابتان مؤلفه بعنوان «De la cause des obligations» ، الطبعة الثالثة ، بند رقم ١٣٩ .

(٢) وقد سبقت الإشارة اليه .

(٣) مطوله فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ١٤٩ . وقد استند فى رأيه الى حكمين صادرين من مجلس الدولة الفرنسى فى ٣٠ يونيو سنة ١٩٣٧ فى قضية «Commune d'Avrieux» وفى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٧ فى قضية «Torquet» المجموعة ص ٨٧١ .

أما فيما يتعلق بالإدارة فإنها تستطيع إنهاء العقد بقرار منها استنادا إلى القوة القاهرة ، فيصبح الفسخ هنا فسخا إداريا^(١) .

وهذا الرأي - رغم مجافاته لفكرة القوة القاهرة كسبب يؤدي إلى الاستحالة المطلقة في تنفيذ الالتزامات العقدية - يضع في الاعتبار الظروف الخاصة بالمعقود الإدارية ، والتي تستلزم الاستمرار في أداء الخدمة حتى لا يتوقف المرفق مهما كان الثمن . وبالتالي يجب ألا يترك للأفراد حرية تقدير ما يعتبر من قبيل القوة القاهرة ، مع مراعاة أن هذا الحل لن يشغل عليهم في شيء اللهم إلا في رفع الأمر إلى القضاء للتأكد من أن ما يستند إليه المتعاقد هو من قبيل القوة القاهرة التي لا شك فيها .

(ب) المعنى الثاني للقوة القاهرة ، وهو التوسع الذي حققه مجلس الدولة الفرنسي بمقتضى حكمه الصادر في ٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ في قضية (Cie de tramways de cherbourg) (سبق ت)

ولقد أوضحنا فيما سبق أن الطرف الطارئ يمتاز عن القوة القاهرة ، بأنه لا يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام ، بل يجعل ذلك التنفيذ مرهقا . وبالتالي فإن المتعاقد لا يمكنه أن يستند إلى هذا الطرف للمطالبة بتحرره من التنفيذ ، أي بانقضاء العقد ، وكل ما له من حقوق ينحصر في المطالبة بالتعويض . أما القوة القاهرة ، فإنها تخول المتعاقد - وفقا للتفسير الذي أشرنا إليه - الحق في المطالبة بفسخ العقد قضائيا .

ولقد كان مجلس الدولة الفرنسي حتى سنة ١٩٣٢ يلتزم هذا المسلك . ولكنه حوره في هذا التاريخ ، إذ خول كلا من الإدارة والمتعاقد معها ، الحق في طلب فسخ العقد قضائيا ، إذا تبين أن العقد الإداري لن يعود إليه توازنه رغم مساعدة الإدارة ، وأنه قد أصبح غير قابل للحياة بدون هذه المساعدة المستمرة .

(١) واستند إلى حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٧ مايو سنة ١٩٥٢ في قضية «Belle» المجموعة ص ٢٢٥ .

وبهذا المعنى ، أصبح حكم الظروف الطارئة فى هذا الخصوص ، هو حكم انقوة القاهرة ، مما دفع الفقهاء الى القول بأن مجلس الدولة الفرنسى قد امتدحت فكرة ادارية عن القوة القاهرة (force majeure administrative) ولكن الفسخ القضائى فى هذه الصورة الثانية قد يكون مصحوبا بالحكم بتعويض ، يحكم به على المتعاقد المتمنت ، والذي يكون قد أدى بتصرفه الى الوصول الى تلك النتيجة . ولم نجد قضاء لمجلس الدولة المصرى فى هذا الصدد حتى الآن . ولكن يمكن الأخذ بما وصل اليه مجلس الدولة الفرنسى من نتائج فى هذا الصدد .

الفرع الثانى

الفسخ القضائى كجزء من خطأ المتعاقد

١ - رأينا عند دراسة الجزاءات التى تترتب على الاخلال بالالتزامات العقدية أن للمتعاقد المضروب أن يطالب بفسخ العقد قضائيا ، اذا بلغت المخالفة حدا كبيرا من الجسامة ، لا تجدى فى مواجهته الجزاءات الأخرى . ورأينا أيضا أن موقف الادارة يختلف عن موقف المتعاقد فى هذا الخصوص على النحو التالى :

أولا : بالنسبة للمتعاقد : لا بد من أن يلجأ الى القضاء للحصول على حكم بفسخ العقد فى جميع الحالات ، كما سبق أن ذكرنا . والقضاء لا ينطق بالفسخ الا اذا أخطأت الادارة خطأ جسيما . واذا حكم به ، فان آثاره ترد الى يوم رفع الدعوى ، كما أنه يتم على مسؤولية الادارة . وكل ذلك وفقا للتفصيل الذى عرضنا له فى موضعه من هذا المؤلف .

ثانيا : بالنسبة الى الادارة : تستطيع الادارة ، كما هو معروف ، أن تلجأ الى فسخ العقد بقرار ادارى منها استنادا الى خطأ المتعاقد فى تنفيذ التزاماته العقدية . ولكن القضاء يستثنى مع ذلك حالة امتياز :

الموافق العامة ، فيجعل انهاءها من اختصاص القضاء الا اذا تضمن
المقد حكما يقضى بغير ذلك .

وللادارة بطبيعة الحال ، أن تنزل عن استعمال حقها فى فسخ
العقد ، وتسلك سبيل التقاضى كالمتعاقدين الآخر ، حتى تضمن عدم
رجوع المتعاقدين عليها بالتعويض ، اذا ثبت أنها قد أساءت استعمال
هذا الحق ، أو استعملته استعمالا غير مشروع .

٢ - وقضاه المحكمة الادارية العليا غنى فى هذا المجال ، نكتفى
بمئة بالأمثلة الآتية :

(أ) حكمها الصادر فى ٢ يناير سنة ١٩٦٥ (س ١٠ ، ص ٣١٦)
وبمقتضاه اعترفت المحكمة للادارة بالحق فى فسخ المقد اذا أخطأ
المتعاقدين خطأ يستوجب هذا الجزاء .

(ب) حكمها الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٦٦ (س ١٢ ،
ص ٢٦٠) وفيه تؤكد أن قضاهما قد جرى على أن من حق طالب
الفسخ - اذا ما أجيب الى طلبه - أن يرجع بالتعويض على الطرف
الذى تسبب بخطئه فى طلب الفسخ ، وأن هذه القاعدة تسرى على
المقود المدنية .

(ج) حكمها الصادر فى ٩ يناير سنة ١٩٧١ (س ١٦ ، ص ١٣٠)
وفيه تسمح بالجمع بين الفسخ ، ومصادرة التأمين وطلب التعويض .
وفى هذا الحكم تطبق المحكمة قضاهما المستقر فى هذا الصدد والذى
أبرزته فى حكمها الصادر فى ٢ يناير سنة ١٩٦٥ (سبق) حيث
تؤكد « أن رجوع الادارة بالتعويضات الأخرى على المتعاقدين منها
المقصر فى حقها ، عند مصادرة التأمين الذى يقل عن مستوى
التعويض الكامل ، لا يستند الى اعتبار المقد قائما ومتنفذا على حساب
المتعاقدين ، مع أنه سبق فسخه - على نحو ما اتجه اليه الحكم المطعون
فيه - وانما يستند ذلك الرجوع الى أحكام القواعد العامة فى أى عقد
كان ، وتلك الأحكام تقضى بأن كل خطأ ترتب عليه ضرر يلزم من

ارتكبه بالتعويض ، وبقدر قيمة الضرر ، وهذه الاحكام لا تتعارض البتة مع فكرة التأمين في العقود الادارية بوجه عام . ولا غرو فان فروق الأسمار ، ونزول جمل المقاصف ، وما يضييع على جهة الادارة من كسب محقق ، كل أولئك تمثل في حقيقتها أضرارا فعلية ، وقيما معلومة لحقت الادارة وتماقبت عليها من جراء اخلال المتعاقدين منها بتنفيذ ما التزم به قبلها »^(١) .

الفرع الثالث

الفسخ القضائي كموازن لسلطات الادارة

تملك الادارة - على التفصيل الذى أوردناه فى موضعه - حق التدخل فى مجال العقود الادارية ، وزيادة التزامات المتعاقدين أو انقاصها . ولقد ذكرنا أن هذا الحق مشروط بالألا تتجاوز تلك التعديلات حدودا معينة ، وألا تؤدي الى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب ، أو الى تغيير جوهره بحيث يصبح المتعاقدين وكأنه أمام عقد جديد ما كان ليقبله لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة . وإذا تخطت الادارة تلك الحدود ، فإن للمتعاقد - اذا وجد أن التعويض لن يجديه فى مواجهة الظروف الجديدة - أن يلجأ الى القضاء للمطالبة بفسخ العقد . وهذا حق مقرر للمتعاقد فى مصر وفى فرنسا كما سبق أن أوضحنا .

وإذا حكم القاضى بالفسخ ، فإن آثاره ترتد الى تاريخ رفع الدعوى . ويصحب هذا النوع من الفسخ تعويض بقاء استمرار ، يغطي جميع ما يلحق المتعاقدين من الأضرار ، وما يفوته من كسب ، بسبب

(١) وبذلك المعنى حكمها الصادر فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٦٥ - س ١١ ، ص ٥٧ . وفى هذا الحكم قررت المحكمة أن « للادارة أن تجرى مقاصة بين ما هو مستحق لها وما هو مستحق للمتعاقد قبلها أو قبل أية مصلحة حكومية أخرى ، ما دام العقد يخولها صراحة الحق فى اجراء الخصم ، دون حاجة الى اتخاذ اجراءات قانونية أو قضائية ... مهما كان سبب الاستحقاق لدى المصلحة نفسها أو أية مصلحة حكومية أخرى » . ولقد سبق أن رأينا أن الهمجية العمومية للقسم الاستشارى قد أطلقت هذا الحق للادارة ، حتى ولو لم ينص عليه فى العقد .

الحكم بفسخ العقد ، لأن مرجع الفسخ بالفرض ، الى تصرف الادارة • وهو ما أكدته المحكمة الادارية العليا فى أحكامها التى «بقت الاشارة اليها فى الفقرة السابقة •

المبحث الرابع

الفسخ عن طريق الادارة

ان حق الادارة فى فسخ العقود الادارية بقرارات تصدر منها ، لهر من الخصائص البارزة التى تميز نظام العقود الادارية ، عن النظام المقرر فى القانون الخاص • ولدراسة هذه الوسيلة من وسائل انقضاء العقود يميز الفقهاء بين حالتين :

أولاً - حالة الفسخ المنصوص عليه فى العقد أو بمقتضى نص فى القوانين أو اللوائح •

ثانياً - حالة الفسخ خارج نطاق النص •

وفيما يلى نعرض لدراسة كل من الحالتين :

الفرع الأول

الفسخ المنصوص عليه

١ - قد يرد النص على حق الادارة فى فسخ العقد ، فى شروط ذلك العقد • وهنا لا صموبة فى الأمر ، لأن هذا التقليد مألوف فى عقود القانون الخاص • وكل ما فى الأمر ، أن النص فى العقد الادارى صراحة على حق الادارة فى الفسخ كجزء لمخالفات معينة ، لا يمكن أن يجب حقها فى الالتجاء الى جزاء الفسخ فى حالة ارتكاب المتعاقد لمخالفات أخرى غير تلك المنصوص عليها فى العقد ، نظراً لأن الادارة لا تستمد حقها فى توقيع هذا الجزاء من نصوص العقد ، ولكن من طبيعة العقد الادارى • ولهذا قلنا ان الادارة لا تستطيع أن تتنازل عن سلطتها تنازلاً كاملاً أو جزئياً • وكل ما لهذه الشروط من أثر ،

انما يظهر فى حالة الحكم بالتعويض عن الأضرار التى تصيب المتعاقد نتيجة لاخلال الادارة بالتزاماتها التعاقدية ، على التفصيل الذى سبق ذكره .

٢ - وقد يرد النص على حق الادارة فى فسخ العقد فى نصوص القوانين أو اللوائح . ومن أوضح الأمثلة على ذلك نص المادة ٢٧ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والمادة ٢٨ من ذات القانون والتى تخول الادارة حق فسخ العقد الإدارى فى حالات عديدة . كما ورد النص على حق الادارة فى الفسخ فى نصوص لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة ، وقد عرضنا لها فى موضعها من هذا المؤلف . ولقد سبق أن أوضحنا النتيجة القانونية التى تترتب على النص صراحة على حق الادارة فى اللجوء الى الفسخ فى مواجهة حالة معينة .

الفرع الثانى

الفسخ غير المنصوص عليه

١ - وفى هذه الحالة تتجلى أصالة هذا الحق . والمسلم به فى هذا الخصوص أن حق الادارة فى إنهاء عقودها هو أمر مسلم به ، حتى ولو لم يرتكب المتعاقد أى خطأ (droit de résiliation sans faute)

وقد اعترف به مجلس الدولة الفرنسى بالنسبة الى كثير من العقود الادارية الهامة ، ومن ذلك على سبيل المثال :

(أ) بالنسبة الى عقود الاشغال العامة ، حكمه الصادر فى ٥ فبراير سنة ١٩٢٥ فى قضية (Demenchy) (١)

(ب) وبالنسبة الى عقود التوريد ، حكمه الصادر فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ فى قضية (Nadim Tewtel) (٢) .

(١) المجموعة ، ص ١٢١ .

(٢) المجموعة ص ١٠٤٨ ، وحكمه فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٢ فى قضية «Sté. Weil Haerniger» المجموعة ص ٩٤١ .

(ج) وبالنسبة الى عقود شغل المال العام ، حكمه الصادر فى ٤ يناير سنة ١٩٥٤ فى قضية (Lerey) ^(١) .

(د) وبالنسبة الى عقود التوظيف : حكمه الصادر فى ٢٨ يوليو سنة ١٩٥١ فى قضية (Anboin) ^(٢) .

(هـ) وبالنسبة الى عقود الامتياز : حكمه الصادر فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٢ فى قضية (Consorts simongiovanni) ^(٣) .

وتم يقتصر مجلس الدولة الفرنسى على تطبيق المبدأ فى أحكامه الخاصة بكل عقد ادارى على حدة ، بل ان من أحكامه ما أكد حق الادارة فى انتهاء العقود الادارية دون خطأ من جازب المتعاقد كقاعدة عامة ، ذات تطبيق شامل * ومن ذلك :

(أ) حكمه الصادر فى ٣ يوليو سنة ١٩٢٥ فى قضية (de Mestral) ^(٤) حيث يقول

«Il appartenait à l'administration, en vertu de ses pouvoirs généraux, de mettre fin, moyennant une compensation éventuelle, à l'application du contrat».

(ب) وحكمه الصادر فى ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ فى قضية : «Min. de la guerre» ^(٥) حيث يؤكد :

«La résiliation a été la consequence de l'exercice par l'administration militaire de pouvoir qui lui appartient en vertu de droit commun»

(ج) وأخيرا حكمه الصادر فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ فى قضية : «Gargiulo» ^(٦) وقد جاء فيه :

-
- (١) مجموعة دالوز سنة ١٩٥٤ ، ص ٦٤٧ .
 - (٢) مجلة القانون العام ، سنة ١٩٥٢ ، ص ٥٣٥ .
 - (٣) المجموعة ص ٣٦٢ .
 - (٤) وقد سبقت الإشارة اليه .
 - (٥) المجموعة ص ١٨٠ .
 - (٦) المجموعة ص ١١٩٨ .

«La réaliation) ... n'a pu intervenir qu'en vertu de pouvoir général appartenant à l'administration de rompre, si elle le juge utile, les marchés passés par elle pour les services publics sous réserve d'indemniser l'entrepreneur».

٢ - هذا ، ولقد سلم مجلس الدولة المصرى فى أحكامه بهذا الحق للإدارة كقاعدة عامة ، تشمل جميع العقود الادارية ، ودون حاجة الى نص ، بل لقد جمل من هذا الحق طائفا مميذا للعقود الادارية فى معظم الأحكام التى أشرنا إليها • ونكتفى هنا بأن نورد على سبيل المثال حكما من أحكام محكمة القضاء الادارى ، وحكما آخر من أحكام المحكمة الادارية العليا يؤيد ما نادت به محكمة القضاء الادارى :

(١) حكم محكمة القضاء الادارى الصادر فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٢^(١) حيث تقول : « ••• ان العقود الادارية تختلف عن العقود المدنية فى أنها •• تستهدف مصلحة عامة لسير العمل فى مرفق عام ، وأن كفى المتماقدين فيها غير متكافئة ، اذ يجب أن يراعى فيها دائما وقبل كل شيء تغليب الصالح العام على مصلحة الأفراد •• ويترتب على ذلك أن للشخص المعنوى الحق فى مراقبة تنفيذ العقد ، وفى تغيير شروطه بالاضافة والحذف والتعديل ، وفى ائهاة فى أى وقت طالما أن المصلحة العامة المنشودة منه تستلزم ذلك ••• » •

(ب) حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٧ (س ٢ ص ٩٣٧) حيث تؤكد أن « العقود الادارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذى يستهدف العقد تسييره ، وتغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الأفراد الخاصة ••• ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الاشراف والتوجيه على تنفيذ العقود ، وأن لها دائما حق تغيير شروط العقد واضافة شروط جديدة بما يتراعى لها أنه أكثر اتفاقا مع الصالح العام •• كما

(١) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة السابعة ، ص ٧٦ ، وقد اخترنا هذا الحكم القديم بالذات لتبرز أن المحكمة قد انتهت الى هذه التخصيص من خصائص العقود الادارية منذ وقت متقدم •

يترتب عليها كذلك أن للادارة دائما سلطة انهاء العقد ، اذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام . وليس للطرف الآخر الا الحق في التعويضات ان كان لها وجه ، على خلاف الأصل في العقود المدنية . » وبتطبيق هذا المبدأ على القضية المعروضة استطلدت قائلة « . فاذا ثبت أن البوية المتعاقد عليها مع أحد أسلحة الجيش أصبحت غير صالحة للغرض المتعاقد من أجله عليها بسبب تغيير صنف الجلد المستعمل لأحذية الجنود ، فللادارة أن تتحلل من تعاقدتها ، وتعمل سلطتها العامة في انهاء العقد ، مع تعويض المتعاقد عما أصابه من ضرر . . . » (١)

٣- وأساس حق الادارة في انهاء العقود قبل الأوان ، هو ذات الأساس الذي شرحناه عند دراسة حق الادارة في تغيير بعض شروط العقد . ولهذا فإن الأحكام التي ذكرناها بخصوص حق التعديل تصدق في هذا المجال ، باعتبار أن الانهاء ينصب على الشرط الخاص بمدة العقد ، فيتمتعين أن تجد ظروف تستدعي هذا الانهاء ، وأن يكون رائد الادارة في الالتجاء اليه لتحقيق الصالح العام . ومن ثم فإن للادارة أن تنهى العقود الادارية اذا أصبحت غير ذات فائدة للمرفق العام ، أو أضحت لا تحقق المصلحة العامة المقصودة . ولقد قدمت لنا المحكمة الادارية العليا مثالين طيبين في الحكمين اللذين أشرنا إليهما ، حيث غير الجيش نوع الجلد الذي تصنع منه الأحذية ، وبالتالي غدت البوية التي تعاقد الجيش على توريدها غير ذات فائدة . ومن ثم لم تكن المصلحة تقتضي أن تواصل الادارة تنفيذ عقد التوريد ، وتسلم باقي الصفقة التي تعاقدت على توريدها . وفي الحكم الآخر تبين للادارة أن المباحق التي تعاقدت وزارة الصحة على توريدها « لا تفي بالغرض المطلوبة من أجله » .

(١) وما تزال المحكمة الادارية العليا تردد ذات المبدأ في أحكامها الحديثة ، ومن ذلك حكمها الصادر في ٢ مارس سنة ١٩٦٨ (ص ١٣ ، ص ٦٢٥) وقد جاء فيه : « . . . ان للادارة دائما سلطة انهاء العقد اذا قدرت أن هذا هو ما يقتضيه الصالح العام ، ولا يكون للطرف الآخر الا الحق في التعويض ان كان له وجه حق ، وذلك كله على خلاف الأصل في العقود المدنية » .

ولما كان حق التعديل يتناول جميع العقود الادارية ، فان سلطة الانهاء تمتد الى جميع العقود الادارية أيضا ، بشرط تحقيق الأساس الذى تقوم عليه . ولهذا فان تشكك بعض الفقهاء فى وجود قاعدة عامة بهذا الخصوص لا محل له ، ولا يؤيده لا قضاء مجلس الدولة الفرنسى ولا المصرى كما رأينا ، وان كان ثمة بمض العقود الادارية التى يكون من المسير تحقيق شروط التعديل فيها . فحق التعديل - بما فيه سلطة الانهاء - لا يمكن استتماله الا لتحقيق صالح المرفق . والعقد المالية بطبيعتها لا تمس المرافق العامة بطريق مباشر ، وبالتالي لا يجوز انهاؤها قبل الأوان . ومثال ذلك عقد القرض العام ، فانهاء مثل هذا العقد لابد وأن يستهدف تحقيق مصالح مالية للإدارة لامصالح عامة^(١) .

٤ - وللاحاطة بمدى حق الإدارة فى انهاء العقود الادارية ، يتعين مراعاة الأحكام التالية :

أولا - أن حق الإدارة فى انهاء العقود الادارية ليس سلطة مطلقة ، تلجأ اليها الإدارة كيفما أرادت
«Une pure faculté discretionnaire»

ولكنها سلطة تقديرية ، يجب أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة . على النحو الذى أوضحته الأحكام الادارية التى أوردنا نصها ، سواء فى فرنسا أو فى مصر . ومن الأسباب التى تبرر الالتجاء الى تلك السلطة من قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، زوال الفرض الذى من أجله تعاقدت الإدارة (La disparition des besoins du service public)

ومن أوضح الأمثلة على ذلك وقف القتال ، الذى يؤدى الى تخويل الإدارة حق انهاء عقود التوريد المتعلقة بالمجهود الحربى . ولقد التزم مجلس الدولة الفرنسى هذا المسلك عقب الحربين العالميتين الأولى والثانية^(٢) .

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٢ فى قضية «Orcibal et Leclères» المجموعة ص ٧٥ .
(٢) على سبيل المثال حكمه الصادر فى ٩ يناير سنة ١٩٢٥ فى «Chantiers de

من تلك الأسباب أيضا إلغاء المرفق العام ، أو تعديل نظامه على نحو يؤدي الى الاستغناء عن العقود المتعلقة به (La suppression ou la transformation du service public) ومثال ذلك إلغاء عقود التطوع للإمام الوظائف الخاصة بالتطوعين نتيجة لاعادة تنظيم المرفق العام ، أو إلغاء عقد الامتياز نظرا لتحويل طريقة الادارة من الامتياز الى طريقة الادارة المباشرة . الخ .

ثانيا - ان الادارة حين تستعمل تلك السلطة ، انما تسيعملها تحت رقابة القضاء . وللقاضى الإدارى بناء على طلب المتعاقد أن يتحرى الأسباب الحقيقية التى دفعت الادارة الى انهاء العقد . ويصح القرار الصادر بالانهاء غير مشروع ، اذا قام الانهاء على سبب غير سليم ، أو اذا استهدفت الادارة مصلحة غير المصلحة العامة . الخ^(١) .

ثالثا - ولكن سلطة القاضى محدودة فى هذه الحالة ، فهى مقصورة على التحقق من جدية السبب الذى استهدفته الادارة . ولكنه لا يملك التصدى لبحث مدى ملائمة انهاء العقد للسبب الذى قام عليه الانهاء^(٢) . وهكذا تختلف رقابة القضاء فى هذا المجال عنها فى حالة رقابة فسخ العقد كجزاء لخطأ المتعاقد : ففى هذه الحالة الأخيرة ، للقاضى أن يبحث مدى ملائمة الفسخ كمقوبة للخطأ المنسوب الى المتعاقد .

هذا ، ويلاحظ أن القرار الصادر بانتهاء العقد الإدارى ليس من اللازم أن يكون مسببا . ولكن هذا المبدأ لا بد وأن يطراً عليه

Naxaire = المجموعة من ٢٨ . وبعد الحرب العالمية الثانية ، حكمه الصادر فى ٢٣ يناير سنة ١٩٥٣ فى قضية «Chambouvet» المجموعة من ٥٠ .
(١) حكم المجلس الصادر فى ٢١ مايو سنة ١٩٣٠ فى حكم «Santonis» المجموعة من ٥٣٣ ، وحكمه فى ٢٩ يوليو سنة ١٩٥٣ فى قضية «Entre. Duval» مجلة القانون العام سنة ١٩٥٤ من ١٩٨ .
(٢) وهذا هو منطق حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ فى قضية «Garguile» وقد سبقت الاشارة اليه .

بعض التغيير في فرنسا بعد صدور قانون في ١١ يوليو سنة ١٩٧٩ (والذي نفذ من ١١ يناير سنة ١٩٨٠) ، يوجب في مادته الأولى تسبب جميع القرارات الفردية التي تلحق ضررا بالمواطنين .
«decisions administratives individuelles défavorables aux administrés»
ولا مقابل لهذا القانون في مصر حتى الآن .

رابعاً : اذا ثبت للقضاء الادارى أن القرار الصادر بانتهاء العقد لا يقوم على سبب مشروع ، فانه يملك الغاء القرار ، كقاعدة عامة ؛
فيما عدا ما يتعلق بمقود الأشغال العامة ، فلقد رأينا أن مجلس الدولة الفرنسى يرفض الغاء القرارات الصادرة من الادارة بخصوصها ، استنادا الى أن الادارة هي صاحبة الأشغال ، وأن لها مطلق حرية التصرف بخصوصا ، وبالتالي فان حق مقاول الأشغال العامة يتحول الى تمويض .

ولو نجد حتى الآن أحكاما تفصيلية للقضاء الادارى المصرى فى هذا الصدد . والأحكام التي أوردناها من قضاء مجلس الدولة الفرنسى تعتبر بصفة عامة ، مجرد تطبيق للقواعد العامة ، فيما عدا ما يتعلق بتضييق حق القضاء فى مراقبة مدى ملائمة السبب الذى تتلوع به الادارة للقرار الصادر بالانتهاء . ولعل مرجع هذا المسلك الى أن المتعاقد لن يضار من ذلك التضييق ، لأنه سوف يحصل على التمويض على أية حال كما سنرى حالا .

٥ - ويوازن سلطة الادارة الخطيرة فى انتهاء العقد ، حق المتعاقد فى الحصول على تمويض . وقد حرصت الأحكام التي أشرنا اليها على إبراز هذا الحق . ولكن مجلس الدولة الفرنسى يستبعد التمويض اذا تضمن العقد نصا صريحا على حق الادارة فى انهاءه لدواعى الصالح العام دون تمويض^(١) .

غير أن التمويض يخضع للأحكام العامة المقررة فى هذا الصدد .

(١) حكم المجلس الصادر فى ٧ مايو سنة ١٩٥٢ فى قضية «Eloy» المجموعة ص ٢٢٥ .

ومنها شرط حصول ضرر من جراء انهاء العقد . فاذا ثبت أن فسخ
العقد لم يرتب ضررا للمتعاقد فلا تعويض . ومثال ذلك أن تكون
العملية قد أسفرت عن خسارة للمتعاقد^(١) .

وعند تحديد التعويض ، يلجأ القاضى الى النصوص أولا . فاذا
لم يكن ثمة نص فى القوانين أو اللوائح أو فى العقد ذاته ، فإن
القضاء الادارى الفرنسى يتبع القواعد الآتية فى تحديد قيمة
التعويض : ان التعويض الذى يحكم به فى هذه الحالة ، هو التعويض
الكامل ، الذى يغطى جميع ما لحق المتعاقد من خسارة ، وما فاتته من
كسب^(٢) . ويدخل فى تقدير التعويض ، الأضرار المئوية^(٣) .

على أن مجلس لدولة الفرنسى يستبعد من التعويض الذى يمنحه
عنصر الأرباح التى تفوت المتعاقد من جراء الفسخ ، فى حالة ما اذا
ثبت أن انهاء العقد كان مرجعه الى ظروف خارجية لا يد لادارة
فيها ، وتجمل الفسخ نتيجة لا يمكن تجنبها على الأقل من حيث
الواقع . ومن أوضح الأمثلة على ذلك قيام الحرب أو انتهاءها^(٤) .

وقد اختلف الفقهاء فى تبرير القضاء السابق : فذهب البعض
الى أن استبعاد الأرباح التى تضيع على المتعاقد من جراء فسخ العقد
يرجع الى حالة القوة القاهرة التى تواجهها الادارة والتى تؤدى بها

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ فى قضية (Sté. Nerson) المجموعة ص ٩١٢ . وفى ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ فى قضية (Tousserys) المجموعة

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ فى قضية «Derin» المجموعة ص ٥١٤ وفى ٦ يونية سنة ١٩٣٠ فى قضية «Chantiers maritimes du Midi» المجموعة ص ٦١٠ وفى ١٨ مايو سنة ١٩٤٩ فى قضية «Sté. des travaux et constructions» المجموعة ص ٢٢٨ .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ١٧ فبراير سنة ١٩٢٦ فى قضية «Sté Carettes» المجموعة ص ١٨٥ .

(٤) حكم المجلس الصادر فى ٩ يناير سنة ١٩٢٥ فى قضية «Chantiers de St Nazaire» المجموعة ص ٢٨ وفى ٥ مايو سنة ١٩٢٦ فى قضية «Min. de la marine» المجموعة ص ٤٥٤ وفى ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٩ فى قضية «Labedies» المجموعة ص ٩٠ وفى ٢٣ يناير سنة ١٩٥٢ فى قضية (Chambouvet) المجموعة ص ٥٠ .

الى فسخ العقد^(١) . ولكن هذا التبرير غير صحيح^(٢) ، لأن انتهاء الحرب ليس دائما من قبيل القوة القاهرة ، على الأقل اذا أخذناها بمعناها التقليدي ، كسبب خارجي يؤدي الى استحالة تنفيذ الالتزام . واذا كان مجلس الدولة الفرنسى قد خرج على هذا المعنى التقليدى ، فيما يتعلق بتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، فانه ليس من المصلحة العامة أن نتوسع فى تطبيقات هذا التوسع . ومن ثم فانه لا يمكن تبرير قضاء مجلس الدولة الفرنسى الا على أساس العدالة المجردة ، ذلك أنه من العدل ، متى فرض على الادارة انهاء العقد ، أن يقتصر التعميؤ على ما يتحملة المتعاقد من خسائر فعلية دون حساب للأرباح المحتملة .

وفى حكم المحكمة الادارية العليا الصادر فى ٢ مارس سنة ١٩٦٨ (سبق) نجد أن ادارة المشتريات بمصلحة المخازن بوزارة الصحة قد طلبت توريد عدد كبير من المياصق الزجاجية . فتقدم أحد الأفراد بمطام على أساس توريد الكمية المطلوبة وفقا لعينة تقدم بها هو ، وقد قررت لجنة البت قبول المطام على أساس عينة قسم الصدر التى لم يستدل عليها . ولما طرح النزاع أمام القضاء ، قررت المحكمة الادارية العليا - بعد فحص ظروف الحال - أن أحكام المادتين ١٢٠ و ١٢١ من القانون المدنى الخاصتين بتحديد الغلط لا تنطبق أحكامهما فى هذه الحالة لأن « تحديد الجهة الادارية المتعاقدة للصنف المطلوب على هذا النحو لا يعد من قبيل الغلط لتلقى الارادتين على العينة التى كانت محل اعتبار عند التعاقد ... » وأن السبب الحقيقى لرفض الادارة تسلم المياصق « هو عدم الحاجة للمياصق الموردة بعد أن تمسكت بمصلحة الأمراض الصدرية بأنها لا تصلح مبسقة فى وحداتها ، وأنه ليس لها وجه للانتفاع بها » . وعقبت المحكمة الادارية العليا على ذلك بإيراد المبدأ الذى سبق ذكره من

(١) بهذا المعنى ، تعليق الأستاذ فالين ، على حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٠ سبتمبر سنة ١٩٤٥ والمنشور فى مجموعة (Recueil Pénant) سنة ١٩٤٧ ، ص ١٨٠ .

(٢) راجع فى انتقاده الدكتور ثروت بدوى ، المرجع السابق ، ص ١٤٥ وما بعدها .

انه اذا كان من حق الادارة انهاء العقد لدواعى الصالح العام ، فان المتعاقد لم يخطئ ، وبالتالي يتمين تمويضه ، وقالت انه « طبقا لهذه القواعد فانه يحق للجهة الادارية أن تتحلل من تعاقدتها المائل بعد ما تحقق لها أن الأصناف الموردة والتي تم التعاقد عليها لا تفي بالفرض المطلوبة من أجله ، ويمتبر العقد بذلك كأن لم يكن ، وتعود الحال الى أصلها قبل التعاقد ، فتقوم الجهة الادارية بتسليم المدعى الأصناف التي قام بتوريدها ، والتأمينات التي دفعها ، وما الى ذلك ، على أن يرد هو بدوره للجهة الادارية ما يكون قد حصل عليه منها تنفيذا لهذا العقد » .

ولما كان المتعاقد لم يخطئ كما ذكرنا ، فان المحكمة الادارية العليا قررت تمويضه ، ولكنها في حساب مبلغ التمويض قدرت أن المتعاقد يمكن أن يفيد من طرح الأصناف للبيع فى السوق ببطء ، فمنحته مبلغ ٤٠٠ جنيه ، وكان المبلغ المطلوب - والذي قضت به محكمة القضاء الادارى - ١٧٠١ جنيه .

تلك هى الأسباب العامة التى تؤدى الى نهاية العقود الادارية ، سواء أكانت تلك النهاية طبيعية ، أو مبتسرة . ولكن المشرع قد يصدر فى بعض الأحيان تشريعات خاصة ، لتنظيم كيفية فسخ بعض العقود فى حالات خاصة ، لا سيما فيما يتعلق بظروف انتهاء الحرب والتي أشرنا اليها . وفى هذه الحالات يكتفى القضاء الادارى بتطبيق تلك النصوص التشريعية ، سواء فيما يتعلق بكيفية الانهاء أو بتقدير التمويض^(١) .

وهذا التنظيم يستقل كل مشرع بتقديره وفقا للظروف المحلية الخاصة بكل دولة . ومن ثم فانه لا يعنينا فى هذا المقام .

(١) راجع فى التفاصيل مطول الأستاذ دى لوبادير فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ١٦٨ وما بعدها .

الباب الثاني

دراسة خاصة لانقضاء عقود الامتياز

والأشغال العامة والتوريد

سوف تتيح لنا هذه الدراسة الاحاطة بالخصائص الذاتية لكيفية انقضاء العقود الادارية . ولهذا يجرى الفقهاء الذين تناولوا موضوع العقود الادارية بالدراسة ، على تطبيق القواعد العامة في نهاية العقود الادارية على هذه العقود الادارية الثلاثة ، باعتبار أنها أهم العقود الادارية المسماة . ولقد رأينا أنه من المصلحة متابعة هذا المسلك .

الفصل الأول

نهاية عقد الامتياز

وندرس هذا الموضوع على الترتيب التالى :

أولا : مدى انطباق الأسباب العامة لنهاية العقود الادارية فى حالة عقود الامتياز .

ثانيا : دراسة خاصة لنهاية عقود الامتياز عن طريق الاسترداد .

ثالثا : تصفية عقد الامتياز .

المبحث الأول

نهاية عقد الامتياز وفقا للطرق العامة لانقضاء العقود ..

الفرع الأول

النهاية الطبيعية لعقد الامتياز

١ - ينتمى عقد الامتياز الى طائفة العقود الزمنية ، التى يعتبر انزمن عنصرا جوهريا فيها . وبالتالي فان النهاية الطبيعية لعقود الامتياز تحل بانقضاء الزمن المحدد لنفاذها . واذا كان موضوع عقد الامتياز هو الالتزام بتسيير مرفق عام ، وكان المفروض أن يستمر المرفق فى أداء الخدمة المتوقعة به الى زمن غير محدد ، فان المسلم به فى فرنسا^(١) وفى مصر ، أن التزامات المرافق العامة لا يمكن أن تكون مؤبدة . ولقد سبق أن ذكرنا أن دستور سنة ١٩٢٣ قد حرم تأبيد تلك العقود ، وأن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ قد وضع حدا أقصى لمدة نفاذ عقود الامتياز هو ٣٠ سنة^(٢) .

(١) مطول جيز فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ١١٥١ : وسوجز بونار فى القانون الادارى . الطبعة الرابعة ، ص ٧٥٨ وما بعدها ، ومطول دى لوبادير فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ١٧٦ .

(٢) تنص المادة الأولى من القانون السابق على أنه « لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد على ثلاثين سنة » .

وتحدد المدة المقررة لنفاذ عقود الامتياز بمقتضى العقد ذاته ،
وفى نطاق المدة المقررة بمقتضى القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ .
فاذا أغفل العقد تحديد المدة - وهو فرض نادر الوقوع عملا -
فلا مناص من اعتبار تلك المدة ٣٠ عاما ، باعتبار أن تلك المدة هي
أقصى ما يمكن أن يتفق عليه الطرفان .

ويبدأ سريان تلك المدة من تاريخ المصادقة النهائية على العقد
«La date d'approbation du contrat» وبانقضاء المدة المحددة من هذا
التاريخ ينقضى العقد بقوة القانون .

٢ - ولكن تحديد مدة العقد بحد أقصى قدره ثلاثون عاما ،
لا يحول دون تجديد عقد الامتياز عند نهاية المدة «renouvellement»
كما أنه لا يمنع من مد المدة المتفق عليها أصلا فى العقد :
«prolongation» ولكن يجب عندنا التمييز بين الحالتين : أما فيما يتعلق
بالتجديد ، فلا شك فى إمكان حدوثه ، ذلك أن القانون رقم ١٢٩
لسنة ١٩٤٧ ، اذا كان قد حدد مدة العقد الأصلية بثلاثين عاما ،
فانه لم يمنع التماقد مرة أخرى مع ذات الملتزم بمقتضى عقد
جديد . وبالتالي يجوز للملتزم القديم ، عند انقضاء عقده القديم ،
أن يتقدم للتماقد مرة أخرى ، ولمدة جديدة ، بمقتضى عقد جديد ،
اذا ثبت للإدارة أنه أصلح المتقدمين لأداء الخدمة المطلوبة . أما
فيما يتعلق بمد المدة المتفق عليها فى العقد الأصلي ، فان الأمر
بخصوصها يحتاج الى شيء من الايضاح : ذلك أننا لو أطلقنا حرية
الإدارة فى الاتفاق على مد المدة المتفق عليها فى العقد أصلا لأصح
نص المادة الأولى من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ لغوا ، ولهذا
فيجب أن نفرق بين حالتين :

الأولى : أن تكون المدة المتفق عليها فى العقد الأصلي أقل من
ثلاثين عاما . وهنا يجوز للإدارة الاتفاق على مد المدة بما لا يجاوز
الحد الأقصى المنصوص عليه قانونا .

والحالة الثانية : أن تكون المدة المقررة فى العقد هى ثلاثون عاما ، وهنا لا يجوز مد هذه المدة الا بمراجعة أحكام تجديد العقد .

وسواء تعلق الأمر بالتجديد أو بمد العقد لفترة أخرى ، فيجب أن تكون نية الطرفين واضحة ، وقد تم التعبير عنها بما لا يدع مجالا للشك^(١) . ويجب أن يصدر التجديد أو المد من السلطة المختصة بإبرام العقد الأصلي^(٢) . وتثور هنا بعض الصعوبات والتي مردها الى ضرورة مراعاة الطريقة التي يجب التزامها عند إبرام عقد الامتياز ، لا سيما ما تعلق بموافقة البرلمان على النحو الذى سبق تفصيله فى موضعه من هذا المؤلف .

ولما كان التجديد يعتبر عقدا جديدا ، فلا مناص من التزام الطريق الذى يفرضه المشرع لإبرام العقد الأول . ونذكر فى هذا الخصوص بنص المادة الأولى من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ والتي تقضى بأن «يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، وكذلك أى تعديل فى شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الاتاوة (العائدات) بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة (مجلس الشعب)» .

٣ - وأحيانا يحتوى عقد الامتياز على شرط أولوية الملتزم بتقديم عند التجديد «Clause de préférence» وهذا الشرط يعنى أنه عند نهاية العقد الأصلي ، وإذا أرادت الادارة الاستمرار فى ادارة المرفق موضوع التعاقد عن طريق الالتزام ، فإن الملتزم القديم يفضل عند تساوى الشروط والظروف بينه وبين المتقدمين الجدد للمعاقد (à conditions égales) وهذا الشرط مشروع ، ويتمين على الادارة

(١) حكم المجلس الصادر فى أول ديسمبر سنة ١٩٤٣ فى قضية *des pompes funebres Lamy - Trouvain* ، المجموعة ص ٢٧٥ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١١ أبريل سنة ١٩٣٠ فى قضية *(Lacambre)* ، المجموعة ص ٤٤٢ .

احترامه ، لأنه لا يتنافى مع مقتضيات سير المرفق العام ، بل ان العدالة تحتمه لأن الملتزم القديم ، يمتاز عن سائر المتقدمين الجدد للتماقد ، بأنه اكتسب خبرة فى ادارة المرفق محل التماقد ، وبالتالي فعند تساوى الظروف بينه وبينهم ، فان كفته تكون الراجعة •

ويميز الفقهاء فى فرنسا بين شرط التفضيل السابق ، وشرط التجديد « Clause de renouvellement » أو شرط مد المدة (clause de prolongation) باعتبار أن الشرط فى الحالة الأولى يعنى قيام عقد جديد مستقل عن العقد الأول • أما فى الحالة الثانية فان الشرط يعنى امتداد العقد القديم بذات شروطه • ولكننا نرى أن شرط التجديد لا يمكن أن يؤدى الى المعنى السابق الا اذا وافق عليه البرلمان عند تخويل الادارة حق التماقد • أما اذا لم يتضمن اذن البرلمان هذا الشرط ، فان التجديد يكون بمثابة عقد جديد ، قد يتفق مع العقد القديم فى شروطه ، وقد يختلف عنه • أما شروط مد المدة - فى الحدود التى أوضحناها - فهو الذى يختلف عن شرط التفضيل السابق •

٤ - ويحدث غالبا أن يهمل الملتزم فى تجديد أدوات المرفق وآلاته ومشتملاته قرب نهاية المدة المحددة للعقد • ولهذا فان عقود الامتياز كثيرا ما تتضمن نصوصا لمواجهة هذه الحالة ، وذلك بالنص على ضرورة خصم مبالغ محددة من الأرباح وتخصيصها لتجديد أدوات المرفق ومشتملاته بما يجعلها صالحة لأداء الخدمة عند نهاية العقد • والمسلم به عادة أن الادارة لا يمكنها أن تحجز هذه المبالغ الا اذا وجد نص صريح فى العقد بهذا المعنى^(١) •

ولكننا نرى أن حق الادارة فى الاشراف والرقابة يمكنها من اجبار الملتزم على تجديد أدوات المرفق اذا قصر • واذا هو لم يحترم ارادة الادارة فانها تستطيع أن تطلب فسخ العقد على مسؤوليته

(١) مطول دى لوبادير فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ١٧٩ •

وبالتالى تحيط مسماء ، وترد قصده عليه • ولكن النص على تنظيم هذه المسألة ، يسهل رقابة القضاء ، ويقلل من فرص الخلاف بين الادارة والملتزم • ولهذا تعرض معظم عقود الامتياز كما ذكرنا على تنظيم نسبة المبالغ التى يتمين اقتطاعها من الأرباح ، والمدة التى يبدأ منها الالتزام بتجديد الآلات •

وبانتهاء المدة ، ينقضى العقد بقوة القانون كما ذكرنا ، وبالتالى يتحرر المتعاقد من الالتزام بادارة المرفق • ولكنه اذا استمر فى الاشراف على المرفق ، وأداء الخدمة المنوطة به ، بحسن نية ، وكان ذلك لفائدة المرفق ، فان له الحق فى المطالبة بالتعويض على الأساس الذى سبق أن أوضحناه •

الفرع الثانى

النهاية المبسرة لعقد الامتياز

قد ينتهى عقد الامتياز - كما هو الشأن بالنسبة الى سائر العقود الادارية - نهاية مبسرة ، قبل المدة المحددة لنفاذه • ولكن عقد الامتياز ينفرد - دون سائر العقود الادارية - بخاصيتين أساسيتين ، تقوم عليهما الأحكام المنظمة لهذا الموضوع وهما :

أولا - صلة العقد الوثيقة بالمرفق العام ، والتى تزيد من فرص نهاية العقد قبل ميعاده المحدد •

ثانيا - جسامه المبالغ التى يستلزمها اعداد المرفق ، والتى تستوجب حماية الملتزم •

هذا ويمكن رد أسباب انقضاء عقد الامتياز قبل الأوان الى ثلاثة عوامل : أولا - الاسقاط • ثانيا - الاسترداد • ثالثا - الفسخ لسبب من الأسباب الاخرى • وفيما يلى نعرض لهذه الأسباب وفقا للترتيب السابق :

«La déchéance du concessionnaire»

١ - § اسقاط الالتزام

وهو فسخ العقد على حساب الملتزم نتيجة لخطئه . ولقد سبق لنا دراسة هذه الوسيلة من وسائل انقضاء العقود عند تعرضنا لدراسة الجزاءات التي توقعها الادارة على المتعاقد المقصر . ومن ثم فاننا نكتفى بالاحالة الى تلك الدراسة ، ونكتفى بأن نذكر بأن اسقاط الالتزام لا يمكن الالتجاء اليه - وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي - الا بشرطين :

أولا - أن يخطئ الملتزم خطأ جسيما

(une faute de particulière gravité)

ثانيا - أن يحكم به القاضي ، وبالتالي لا تستطيع أن تأمر به الادارة الا بناء على نص صريح في العقد أو التشريع .

ولكن المحكمة الادارية العليا لم تتابع مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد ، وقررت في حكمها الصادر في ١٩٧٧/١٢/٣٠ (مجموعة المبادئ القانونية ، ص ١٩٢٣ ، حكم مطول) : « ليس صحيحا في القانون ، أن هذا الجزاء (سحب الالتزام أو اسقاطه) لا يجوز توقيعه الا بحكم من المحكمة المختصة ، اذ أن مانح الالتزام له سلطات عديدة يملك استعمالها في حالة عدم قيام الملتزم بالوفاء بالتزاماته المفروضة عليه بموجب العقد ؛ فله - بقرار منه - توقيع الفرامات المنصوص عليها بالعقد أو تنفيذ التزامات الملتزم على حسابه ؛ وكذلك له أن يتخذ ما يراه كفيلا لضمان سير المرفق ؛ كما يثبت لمانح الالتزام دائما - بجانب هذه الجزاءات - اسقاط الالتزام اذا أختل المرفق اختلالا جزئيا أو كليا أو اذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة . غاية الأمر أنه يشترط في هذا الصدد توافر شرطين : أولها أن يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو يتكرر اهماله أو يمجز عن تسييره بانتظام . وثانيهما وجوب ائذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء ولا يتطلب الأمر حكم من المحكمة المختصة ، بل يكفي فيه قرار من مانح الالتزام . . . » وقد سبق لذات المحكمة

تقرير هذا المبدأ في أحكامها السابقة . كما أن قسم الرأى يمتنع ذات المبدأ .

٢ - § استرداد المرفق «Le rachat de la concession»

وهو عبارة عن انتهاء الادارة لمقد الامتياز ، قبل نهايته الطبيعية دون خطأ من جانب الملتزم مقابل تعويضه تعويضا عادلا . وفي هذه الطريقة يتجلى بصورة واضحة الاعتبار ان اللذان أشرنا اليهما فيما سبق . ومن ثم فأننا ندرسهما تفصيليا فيما بعد .

٣ - § الأسباب الاخرى لفسخ العقد

وقد يفسخ عقد الامتياز قبل مدته الطبيعية لأسباب أخرى متفرقة منها :

أولا : الفسخ الاتفاقى «La resiliation conventionnelle» وهو الذى يتم باتفاق بين الادارة وبين الملتزم قبل نهاية مدة الالتزام . وقد يختلط من حيث الواقع بطريقة الاسترداد الاتفاقى «Le rachat contractuel» ولكن الطريقتين مختلفتان : لأن حق الادارة فى استرداد الالتزام هو حق أصيل ، سواء نص عليه فى العقد أو لم ينص عليه . وسوف نرى أثر النص على حق الادارة فى الاسترداد فى عقد الامتياز . أما الفسخ الاتفاقى ، فهو يتم عن تراض كامل بين الادارة والملتزم ، وبمقتضاه يتولى الطرفان تقدير التعويض الذى يناله الملتزم ، وكيفية دفعة . وتلجأ الادارة عادة الى هذه الطريقة اذا قدرت صعوبة الالتجاء الى طريقة الاسترداد والتى سوف نعرض لها فيما بعد^(١)

(١) ومن أوضح الأمثلة على ذلك الاتفاق الذى تم بين الدولة فى فرنسا وبين شركات الامتياز الخاصة بمرافق السكة الحديد سنة ١٩٣٧ ، حيث قدرت الحكومة الفرنسية أن طريقة الاسترداد ستكون الدولة مبالغ لا يمكن تدبيرها . وبالتالي فضلت الالتجاء الى طريقة الاتفاق الودى . راجع فى التفاصيل مقال الأستاذ جيز بنواي «La réorganisation des chemins de fer d'intérêt général» منشور فى مجلة القانون العام ، سنة ١٩٣٢ ص ٥٣٦ .

«La résiliation de plein droit»

ثانيا : الفسخ بقوة القانون

ومن أوضح الأمثلة لهذه الطريقة ، حالة القوة القاهرة ، اذا أدت الى تدمير محل المرفق الذى يدار عن طريق الامتياز . وقد سبق أن أشرنا الى حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١٦ يوليو سنة ١٩٥٢ فى قضية «Electricité de France» بهذا الخصوص . ومن ذلك أيضا أن يتضمن العقد نصا بمقتضاه ينقضى العقد فى حالة وفاة الملتزم ، اذا تحقق هذا الشرط ، أو أن يصدر قرار بحل الشركة الملتزمة . ومنه أيضا أن يصدر قانون يتضمن فسخ عقود الالتزام الخاصة بمرفق معين يدار بطريق الامتياز ، وحينئذ يتولى هذا القانون تنظيم طريقة تمويض الملتزم القديم .

ونجد تطبيقا لهذه الحالة فى فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى بمجلس الدولة الصادرة فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٦٤ (س ١٩ ، ص ١٢٨) فقد صدر القانون رقم ١٢٣ لسنة ١٩٦١ بأسقاط التزام مرفق ترام القاهرة ، وقضى بإيلولته وتولى إدارته لمؤسسة النقل العام لمدينة القاهرة ، فقالت الفتوى ان المؤسسة تراث المرفق بحالته وقت اسقاط الالتزام . ولما كان المرفق المشار اليه قد اقترض قبل صدور قانون الاسقاط بضمان المجلس البلدى ، فان الفتوى انتهت الى أن « تحل المؤسسة محل المجلس البلدى فى كل ما يتعلق بالمرفق ، ولا يكون للمؤسسة مصلحة جديدة فى الاعتراض على سداد أقساط القرض ، لأن هذا السداد سيتم ضمن أموال المرفق » .

ثالثا : الفسخ القضائى بناء على طلب الملتزم : ويلجأ الملتزم الى القضاء طالبا انهاء عقده قبل الأوان لأسباب متعددة منها :

- (أ) اذا أخطأت الادارة خطأ جسيما فى تنفيذ التزاماتها .
- (ب) اذا عدلت الادارة فى شروط عقد الالتزام بما يخل بتوازنه الاقتصادى اخلا لا جسيما يفوق امكانيات الملتزم الاقتصادية أو الفنية أو يغير من جوهر العقد بما يجعله بمثابة عقد جديد ما كان الملتزم ليقبله لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة .

(ج) وأخيرا فقد يطلب الملتزم - أو الإدارة - إنهاء عقد الالتزام اذا اختل التوازن المالي للعقد نتيجة ظرف طارئ ، وثبت للملتزم أن التوازن المالي للعقد لن يعود اليه ، وذلك وفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي في قضية «Tramways de Cherbourg» والتي سبقت الإشارة إليها .

المبحث الثاني

طريقة الاسترداد

(Rachat de la concession)

١ - ولقد سبق أن ذكرنا أن هذه الطريقة ان هي الا تطبيق لحق الإدارة في إنهاء العقد الإداري قبل ميماده الطبيعي ، في مجال عقود الامتياز . ومن ثم فإن الاسترداد يتم بقرار إداري حتى ولو تضمن العقد نصا على حق الإدارة في الالتجاء اليه . فمثل هذا النص كاشف ومنظم لا مقرر لحق جديد كما ذكرنا .

ولقد ذهب رأى الى تكييف الاسترداد بأنه من قبيل نزاع الملكية للمنافع العامة^(١) . ولكن هذا الرأى - كما لاحظ فقهاء آخرون - غير صحيح ، لاختلاف النظام القانوني لكل من الاجراءين ، فضلا عن أن الاسترداد ينصب على منقولات بل وعلى أموال ليست مملوكة للملتزم^(٢) . والحقيقة أن الاسترداد ليس الا مجرد فسخ لعقد الالتزام ، عمالا من الإدارة لحقها في إنهاء العقود الادارية ، دون خطأ من المتعاقد لدواعي الصالح العام .

٢ - ومع التسليم بحق الإدارة في إنهاء عقد الامتياز قبل أوانه

(١) قال بهذا الرأى قديما الفقيه «Olson» في مؤلفه في الاقتصاد السياسى ص ٤٢٠ وتبناه حديثا الفقيه جيز ، في مطوله في العقود ، الجزء الثالث ص ١٣٢٣ . وبونار . موجزه في القانون الإداري ، الطبعة الرابعة ، ص ٧٩٦ .

(٢) راجع رسالة الفقيه «Lecomtes» في موضوع «Le rachat des concessions» مقدمة بجامعة باريس سنة ١٩٤٢ ص ٢٥ وما بعدها ، ومؤلف الفقيه دى لوبيادير في العقود الجزء الثالث ، ص ١٨٨ .

- كما هو الشأن بالنسبة الى سائر العقود الادارية - فان الاسترداد يأخذ فى العمل أحد الأوضاع الآتية :

أولاً : الاسترداد المنصوص عليه فى العقد (Le rachat contractuel)

ثانياً : الاسترداد غير المنصوص عليه فى العقد
(La rachat non contractuel)

ثالثاً : الاسترداد الذى تنظمه قوانين خاصة «Le rachat légal»
ونعرض لكل حالة من هذه الحالات على التوالى :

الفرع الأول

الاسترداد المنصوص عليه فى العقد

والاسترداد المنصوص عليه فى العقد هو النظام الغالب بالنسبة الى معظم عقود الامتياز - بل ان القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة يجعل من هذا النظام القاعدة العامة فى جميع عقود الالتزام فى مصر ، ذلك أن المادة الرابعة منه تنص على أنه « يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته » وبهذا النص أصبح من الضروري أن تتضمن عقود الالتزام التى تعقد فى ظل القانون السابق ، شرطاً ينظم كيفية استرداد المرفق قبل ميعاده .

ويهمين على موضوع الاسترداد الاتفاقى قاعدة أساسية ، وهى أن حق الاسترداد اذ كان حقاً أصيلاً للإدارة ، فان النصصوص الواردة بخصوصه فى عقد الامتياز هى نصوص تعاقدية ، يتمين على القضاء احترامها - ولهذا فان مجلس الدولة الفرنسى يجرى على تطبيق تلك النصوص بدقة متى رفع الأمر اليه بخصوص تفسيرها أو تطبيقها . وبالرجوع الى قضاء مجلس الدولة الفرنسى نجد أنه يلتزم الأحكام الآتية فيما يتعلق بشرط ممارسة هذا النوع من الاسترداد ، وأثاره :

١ - شروط مماسة الاسترداد المنصوص عليه

١ - يتعين أن ينص على هذا النوع من الاسترداد صراحة في العقد . ويفسر القضاء هذا الشرط بدقة . وبالتالي فإذا نص على هذا الشرط في عقد معين ، وانقضت مدته ، وعادت الإدارة الى الاتفاق من جديد مع ذات المتلزم ، وخلا العقد الجديد من الشرط السابق ، فإن الإدارة لا يمكن أن تطبق النظام المنصوص عليه في القد القديم على انقعد الجديد^(١) . وهذا طبعا لا يعني أن الإدارة لا تملك الالتجاء الى طريقة الاسترداد غير الاتفاقية .

٢ - وتضمن عقود الامتياز عادة حدا أدنى من المدة لا يجوز للإدارة استرداد المرفق خلاله . وحينئذ يتعين احترام هذا الشرط ، لا بمعنى أن الإدارة قد نزلت عن استعمال حقها في الاسترداد خلال تلك المدة ، ولكن على أساس أن شروط الاسترداد الاتفاقية لا يمكن تطبيقها الا ابتداء من التاريخ المنصوص عليه في العقد . فإذا شامت الإدارة الاسترداد قبل تلك المدة ، تدين عليها دفع التمييز وفقا للنظام الذي سوف نعرض له فيما بعد .

ولكن منذ حلول التاريخ المنصوص عليه في العقد ، يصبح للإدارة الحق في الاسترداد وفقا للنظام المنصوص عليه . ومهما كان الوقت الذي تختاره الإدارة للاسترداد ، فلا يمكن اعتبار الإدارة متعسفة في استعمال حقها^(٢) . كما أن تراخي الإدارة في استعمال حقها في الاسترداد لا يمكن أن يفسر على أنه نزول من جانبها عن هذا الحق^(٣) .

٣ - والفالب أن يتضمن العقد - في حالة نصه على الاسترداد -

(١) حكم المجلس الصادر في ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ في قضية Ville de Calen-sur-Saône .
٩٨٦ .

(٢) حكم المجلس الصادر في ٣٠ يونيو سنة ١٩٣٢ في قضية Sté. Les Centre électrique المجموعة من ٧٠٧ .

(٣) حكم المجلس الصادر في ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٤٢ في قضية (Ratié) المجموعة من ٣٠٣ .

شرطا يقضى بضرورة التنبيه على الملتزم قبل استعمال حق الاسترداد
بمدة كافية أو مدة يحددها العقد ، وهو شرط ملزم .

٤ - والسلطة المختصة بممارسة حق الاسترداد الاتفاقي ، هي
السلطة المختصة بإبرام العقد .

٥ - وقد يتضمن العقد أسبابا على سبيل الحصر لممارسة
الاسترداد ، وحينئذ يتعين على الإدارة أن تحترم هذا الشرط . أما إذا
خلا العقد من نص من هذا القبيل ، فإن الإدارة لا تستطيع أن تلجأ
إلى الاسترداد إلا لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة ، باعتبار أن هذا
الشرط عام يهيمن على جميع تصرفات الإدارة . فإذا لجأت الإدارة إلى
استرداد المرفق لمجرد تحقيق أغراض مالية ، فإن مجلس الدولة
الفرنسي يقضى بأن مثل هذا الاسترداد يكون مشوهًا بميب
الانحراف^(١) .

٦ - وإذا ثبت للقاضي أن الإدارة قد خالفت الشروط المنصوص
عليها في العقد ، فإنه يملك أن يحكم عليها بالتعويض ، كما أنه
يستطيع أن يقضى بإلغاء القرار الصادر بالاسترداد .

٢ - § آثار الاسترداد الاتفاقي

١ - يشترتب على استرداد الإدارة للامتياز وفقا لشروطه ،
انقضاء العقد ، وبالتالي فإنه على الملتزم رد الأرباح التي يحققها
بعد تاريخ الاسترداد^(٢) .

والأصل أن يتناول الاسترداد المرفق بأكمله ، بحيث لا تستطيع
الإدارة أن تسترد جانبا منه فحسب ، اللهم إلا إذا تضمن العقد نصا
صریحا بهذا المعنى ، وذلك لأن الالتزام يكون كلا لا يصح تجزئته .

(١) مطول جيز في العقود ، الجزء الثالث ص ١٢٠٧ ، وموجز بونار السابق ،
ص ١٧٦٤ وتقدير المفوض (Saint-paul) بمناسبة حكم مجلس الدولة الفرنسي
الصادر في ٢٣ فبراير ١٩٠٦ في قضية (Ville de Lyon) المجموعة ص ١٧٢ .
(٢) حكم المجلس الصادر في ٨ يوليو سنة ١٩٤٩ في قضية (Genthron)
المجموعة ص ٧٦٦ .

٢ - ولكن ما موقف الإدارة بالنسبة الى الالتزامات التى يتحملها الملتزم فى مواجهة الغير ؟ قد يتولى العقد الاجابة على هذا التساؤل صراحة بالنص على حلول الإدارة محل المتعاقد فى تلك الالتزامات ، وحينئذ تنقيد الإدارة بهذا النص ، ولا تستطيع أن تتحلل من التزامات المتعاقد فى مواجهة الغير ، الا اذا أثبتت أن ذلك المتعاقد قد تحمل بالتزامات لا يقتضيها التفسير المعقول للعقد^(١) .

أما اذا لم يتول العقد تنظيم هذا الموضوع ، فان المسلم به أيضا أن الإدارة تتحمل كافة الالتزامات التى يقتضيها إدارة المرفق (Les actes d'administration normaux) والتى تعهد بها الملتزم فى مواجهة الغير . أما بالنسبة لغيرها من الالتزامات ، فلا يكفى الشروط السابق والذى يقضى بأن تكون تلك الالتزامات فى حدود التفسير المعقول للعقد ، بل يتعين أن تكون الإدارة قد علمت بتلك الالتزامات ونم تعرض عليها^(٢) .

على أنه يجب أن يكون مفهوما أنه عند ايلولة الالتزام الى الإدارة ، فان القيود التى تلتزم بها الإدارة فى مواجهة الغير . انما تنصرف الى تنفيذ الشروط التعاقدية ، أما فيما يتعلق باستفادة الغير من الخدمة التى يؤديها المرفق ، فانها تخضع لحرية الإدارة فى تعديلها . وهذا ما أعلنته محكمة القضاء الادارى فى حكمها الصادر فى ٣١ يناير سنة ١٩٥٦ حيث تقول : « . . . انه وان كانت النصوص اللائحية فى عقود الالتزام تبقى حافظة لقوتها الملزمة فى حالة انتقال الالتزام ليد السلطة مانعة الالتزام ، الا أن هذا لا يقيد

(١) «Le concessionnaire a pris des engagements qu'une interprétation raisonnable de sont raité concession ne lui permettait pas de prendre».

حكم المجلس الصادر فى ١٦ مارس سنة ١٩٢٢ فى قضية Cie générale des eaux contre Ville de Lyon المجموعة ص ٥٢١ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٢٤ مارس سنة ١٩٢٦ فى قضية Cie générale des eaux contre Ville de Toulon مجموعة دالوز سنة ١٩٢٧ ، القسم الثالث ، ص ٩ مع تعليق (Appleton) .

سلطة الحكومة فى تعديل تلك النصوص بما تراه ملائما للمصلحة العامة ، وموافقا للوضع الجديد» (٣) .

٣ - على أن أهم نتيجة تمنينا فى هذا المقام ، هى حق الملتزم فى الحصول على تعويض «L'indemnité de rachat» ويمتاز التعويض هنا بأنه اتفاقي ، ومن ثم فإن القاضى يطبق النصوص الخاصة به فى ضوء الأصل العام والذى يقضى بأن يكون التعويض كاملا فى مثل هذه الحالات» (٣) .

ويكون التعويض اما بدفع مبلغ اجمالى للملتزم «indemnité en capitals» أو بطريق دفع أقساط سنوية لمدة محددة «indemnisation par annuité» ، وكثيرا ما تجمع عقود الالتزام بين الطريقتين .
وفيما يلى الأسس العامة لكل منهما :

أولا : التعويض الاجمالى : ويراعى عند تقديره أن يشمل عنصرين :

(أ) العنصر الأول : مواجهة النفقات اللازمة لتغطية رأس المال (L'indemnité d'amortissement) والذى يتمثل فى الأسهم والسندات التى يتكون منها رأس المال ، وما انفق على تجهيز المرفق وأعداده» (٣) ، وذلك وفقا للأسس التى يقوم عليها عقد الالتزام .

(١) مجموعة أحكام المحكمة ، السنة العاشرة ، ص ١٨٥ ، وقد استطردت المحكمة قائلة « ... فإذا كانت وزارة الأشغال (مصلحة التنظيم) قد رأت فى حدود سلطاتها المخولة لها بالقانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ أن تلزم أصحاب الأراضى المدة للبناء عند تقسيمها بتحمل تكاليف تزويدها بالتيار الكهربائى ، فإنها لم تخالف القانون ، وبالتالي يحق لإدارة الكهرباء أو الغاز - وهى جهة حكومية - أن تستند الى هذا المرسوم فى التحل من تحمل تلك التكاليف » .

(٢) راجع تطبيقا لذلك فى حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ١١ أغسطس سنة ١٩٢٢ فى قضية (Cie des ch. de fer de l'Est algérien) المجموعة ص ٧٣٧ .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٣١ فى قضية (Sté. d'éclairage elect. rique de Bordeaux) المجموعة ص ٤٣٤ ، وفى ١٠ مايو سنة ١٩٢٩ فى

قضية (Sté éclairage Bordeaux) المجموعة ص ٤٨٥ ، وفى ٢٤ أبريل سنة ١٩٣١ فى قضية (Trieoche) المجموعة ص ٤٣٢ ، وفى ٢٦ يولية سنة ١٩٢٣ فى قضية

(Sté. éclairage Bordeaux) المجموعة ص ٨٩٢ .

(ب) المنصر الثاني : ما يفقده الملتزم من أرباح نتيجة لاسترداد المرفق قبل ميعاده الطبيعي (L'indemnité industriel) ويقدر عادة وفقا لمتوسط أرباح الملتزم خلال عدد يحدده العقد مع السنوات التي تسبق الاسترداد مباشرة .

ثانيا : التمويض في صورة أقساط سنوية : ويدخل في تقديرها المنصران السابقان ، فبدلا من أن تدفع الادارة المبلغ مرة واحدة ، فانها تقسطة على عدد من السنين يتفق عليها الطرفان^(١) .

الفرع الثاني

الاسترداد غير المنصوص عليه في العقد

٢ - وحق الادارة في استرداد المرفق قبل مدته المنصوص عليها ، العقد نصا على الاسترداد الاتفاقي ، أو في خلال المدة التي لا يجوز للادارة أن تمارس الاسترداد الاتفاقي أثناءها ، اذا نظم العقد كيفية الاسترداد بعد مضي مدة محددة من البدء في استغلال المرفق .

٢ - وحق الادارة في استرداد المرفق قبل مدته المنصوص عليها ، يسلم به الأغلبية العظمى من الفقهاء ، كالفقيه جيز ، والمميد بونار ، والأستاذين دويز ودی پر . الخ . وقد نازع في هذا الحق أقلية مرجوحة من الفقهاء ، وأنكروا التسليم به خارج نصوص العقد . ولعل سندهم في ذلك ، أن مجلس الدولة الفرنسي لم يصدر أحكاما في هذا الصدد . ولكن الحقيقة - كما لاحظها الأستاذ دي لوبادير - أن مرجع عدم وجود أحكام في قضاء مجلس الدولة الفرنسي بهذا الخصوص لا لأن المجلس ينكر قيام هذا الحق ، ولكن لأن عقود الامتياز جميعها تتضمن نصوصا تنظم كيفية استرداد الادارة

(١) ورغم هذه البساطة الظاهرة ، فان طريقة حساب تلك الأقساط معقدة للغاية ، ويدخل في تقديرها اعتبارات متعددة ، نرى أنه لا محل لها في مؤلف عام ، راجع في تفصيلها مطول الفقيه دي لوبادير في العقود ، الجزء الثالث ص ١٩٧ الى ٢٠٣ .

للاللتزام^(١) . ولقد سبق أن ذكرنا أن هذه النصوص أصبح إدراجها أمرا لازما فى عقود الامتياز فى مصر ، وفقا لنص المادة الرابعة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ .

ولكن اذا حدث وخلا عقد الامتياز من نصوص من هذا القبيل ، فلا شك فى حق الادارة فى استرداد المرفق دون حاجة لانتظار نهاية المدة : فالادارة تملك حقا أصيلا - لا يمكنها أن تنزل عنه أو تقيد حريتها فى استعماله -^(٢) فى أن تنظم المرفق العام فى كل وقت بما يجعله أصلح لاداء الخدمة المنوطة به ، وبالتالي فإن لها دائما أن تلغى المرفق ، فينقضى الالتزام ، أو تستبدل بطريقة الادارة القديمة ، طريقة جديدة ، كالاستغلال المباشر أو عن طريق مؤسسة عامة (هيئة عامة) . الخ ثم ان المسلم به كقاعدة عامة فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى والمصرى أن للادارة دائما حق انهاء العقود الادارية قبل نهايتها الطبيعية وفقا لمقتضيات الصالح العام . وما استرداد المرفق الذى يندار عن طريق الامتياز الا من قبيل حق الادارة فى انهاء العقود الادارية .

وأخيرا فانه اذا كانت عقود الامتياز تحتوى كما رأينا على شروط تنظم كيفية الاسترداد ، فإن تلك الشروط فى معظم الأحيان تحدد مدة معينة لا يجوز للادارة خلالها أن تلجأ الى استرداد المرفق . ولا يمكن التسليم بأن الادارة قد نزلت عن سلطتها خلال المدة المحددة ، فهذا ما لا يجوز كما ذكرنا ، وانما اذا مارست الادارة حق الاسترداد خلال تلك المدة ، فانما ترجع الى حقها الأصيل فى انهاء العقود الادارية فى أى وقت . وكل ما هنالك أن التمويل الذى يتمتع منحة للملتزم يقدر وفقا للقواعد العامة دون تقييد بالنصوص الواردة فى العقد بخصوص الاسترداد الاتفاقى .

(١) مطوله فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ٢٠٤ .

(٢) ورد هذا المعنى صراحة فى المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٥٦ ، كما سنرى فيما بعد ، عند استعراض النوع الثالث من أنواع الاسترداد .

٣ - ولما كان الاسترداد فى معظم الحالات هو استرداد اتفاقى ، تنظمة شروط العقد ، فان مجلس الدولى الفرنسى لم تصدر منه احكام حتى الآن لتنظيم الاسترداد غير المتصوص عليه فى العقد . وهنا لا بد من تطبيق القواعد العامة فى انهاء تلك العقود نزولا على مقتضيات الصالح العام ، يقايله حق المتعاقد فى الحصول على تعويض كامل يغطي جميع ما يلحقه من خسارة ، وما يفوته من كسب ، وفقا للقواعد العامة المقررة فى هذا الصدد . وواضح من هذه القواعد أن الاسترداد غير الاتفاقى يكلف الدولة نفقات طائلة . ولهذا يقرر الفقيه دى لوبادير أن الادارة فى فرنسا لم تلجأ اليه قط^(١) اكتفاء بتطبيق شروط الاسترداد الاتفاقى ، أو بفسخ العقد بالتراضى كما سبق أن رأينا .

ولما كان الاسترداد الاتفاقى ، ليس الاستعمالا مع الادارة لحقها فى انهاء العقد قبل معياده ، فانه يتمين عليها ألا تلجأ الى استعمال هذه السلطة الا لدواهى الصالح العام ، كما لو أرادت تغيير نظام الالتزام الى طريقة الادارة المباشرة ، أو لالغاء المرفق . الخ . والادارة تمارس تلك السلطة تحت رقابة القضاء على التفصيل السابق .

الفرع الثالث

الاسترداد الذى تنظمه قوانين خاصة

١ - تدخل المشرع الفرنسى منذ سنة ١٨٤٥ ، فى مجال عقود الامتياز ، فأصدر قوانين خاصة ، نظم بها استرداد بعض المرافق الهامة التى تدار عن طريق الامتياز . وأهم هذه القوانين :

(١) قانون ٢٩ مايو سنة ١٨٤٥ ، والذى يتعلق باسترداد الامتيازات المتعلقة بقتوات الملاحة فى فرنسا .

(١) مطول فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ٢٠٦ .

- (ب) قانون ٣٠ يوليو سنة ١٨٨٠ ، والخاص باسترداد الكبارى التى يتمين دفع عوايد للمرور عليها «Les ponts à péage»
- (ج) قانونا ١١ يونية سنة ١٨٨٠ و ٣١ يوليو سنة ١٩١٣ ويتملقان بانتهاء عقود الامتياز الخاصة بالسكك الحديدية المحلية والنقل بواسطة الترام .
- (د) قانون ١٣ يوليو سنة ١٩٠٨ ، والذي أنهى عقد امتياز شركة حديد الغرب .

(هـ) قانون ١٧ أبريل سنة ١٩١٩ الخاص بالتمويض عن اضرار الحرب المالية الأولى ، وقد خول الادارة استرداد بعض المرافق التى تدار عن طريق الامتياز فى ظروف مميّنة .

(و) قانون ٣١ يوليو سنة ١٩٤٧ والذي خول الهيئات المحلية حق استرداد مرافق الامتياز المحلية فى خلال سنة مع تاريخ صدوره ، بقصد تمكين تلك الهيئات من ادارة المرافق المحلية عن طريق الادارة المباشرة أو الاقتصاد المختلط^(١) .

٢ - أما فى مصر ، فان المشرع قد لجأ الى هذا السبيل فى حالة انتهاء امتياز شركة قناة السويس ، وذلك بمقتضى القانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٥٦ ، الصادر فى ٢٦ يوليو سنة ١٩٥٦ . وفيما يلى نورد نصوص ذلك القانون التى تعيننا فى هذا الخصوص ،

مادة ١ : « تؤم الشركة المالية لقناة السويس البحرية (شركة مساهمة مصرية) وتنتقل الى الدولة جميع مالها من أموال وحقوق ، وما عليها من التزامات ، وتحل جميع الهيئات واللجان القائمة حالياً على ادارتها ، ويعوض المساهمون وحمله حصص التأسيس عما يملكون من أسهم وحصص بقيمتها مقدرة بحسب سعر الاقفال السابق على تاريخ العمل بهذا القانون فى بورصة الأوراق المالية

(١) راجع فى التفاصيل ، مؤلف الأستاذ دى لويادير ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ص ٢٠٧ الى ص ٢١٠ والمراجع التى أشار اليها .

بياريس • ويتم دفع هذا التمويض بعد اتمام استلام الدولة لجميع أموال وممتلكات الشركة المؤمة » •

مادة ٣ : « تجمد أموال الشركة المؤمة وحقوقها فى جمهورية مصر وفى الخارج ، ويخطر على البنوك والهيئات والأفراد التصرف فى تلك الأموال بأى وجه من الوجوه أو صرف أى مبالغ أو أداء أية مطالبات أو مستحقات عليها الا بقرار من الهيئات المنصوص عليها فى المادة الثانية » •

مادة ٤ : « تحتفظ الهيئة بجميع موظفى الشركة المؤمة ومستخدميها وعمالها الحاليين ، وعليهم الاستمرار فى أداء أعمالهم ، ولا يجوز لأى منهم ترك عمله أو التخلّى عنه بأى وجه من الوجوه أو لأى سبب من الأسباب الا باذن من الهيئة المنصوص عليها فى المادة الثانية » •

ويتضح من هذه النصوص ، أن القانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٥٦ ، بالرغم من تسميته بأنه خاص « بتأميم الشركة العالمية لقناة السويس البحرية » ، فإنه فى حقيقة ليس تأميما ، لأن التأميم - بمعناه الفنى - ينصرف الى نزع ملكية المشروعات الخاصة الحيوية ، من الأفراد ، أو الشركات ، لمصلحة الجماعة • أما شركة قناة السويس ، فإنها لم تملك قط قناة السويس ، وانما كانت تتولى ادارة المرفق نيابة عن الدولة ، وهكذا يكون القانون السابق مجرد استرداد قانونى «Rachat légal» لمرفق القناة • ولقد كشفت المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٥٦ عن المعنى السابق بصورة قاطعة حيث تقول : « ••• وان هذه الشركة انما تقوم على استغلال مرفق المرور بقناة السويس ، وذلك العمل يعتبر مرفقا عاما وثيق الصلة بالكيان الاقتصادى والسياسى لمصر • وهى انما تقوم بهذا الاستغلال نيابة عن الحكومة المصرية بمقتضى الامتياز الموضح بالفرمانين الصادرين فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٥٤ و ٥ يناير سنة ١٨٥٦ وما تلاهما من فرمانات أخرى ••• فالشركة فى قياسها

بهذا العمل ليست صاحبة الحق الأحصيل المسيلم دائما بأنه للحكومة المصرية ، اذ من المعترف به أن المرافق العامة انما تدار مباشرة من الدولة أو بالوساطة بطريق الامتياز ، وأن من حق الدولة دائما أن تسترد هنا الامتياز باعتباره منحه منها ، سواء ورد فى هذا الشأن نص صريح فى عقد الامتياز أو لم يرد . وأن المصلحة العامة وحدها هى التى تجعل الدولة تختار الوسيلة التى تحقق أكبر قسط من المصلحة العامة ، اذ أن العلاقة بين مانح الالتزام ومستفلة انما تبنى على قواعد القانون الادارى وهو فرع من القانون العام » .

المبحث الثالث

تصفية عقد الامتياز

يشير موضوع انقضاء عقود الامتياز ، بحثا هاما يتملق بتصفية تلك العقود «Liquidation de la concession» ، لمعرفة مصير الأموال والأدوات المستعملة فى ادارة المرفق ، وهى ضخمة فى الغالب كما ذكرنا ، ولتصفية الحسابات بين الادارة والملتزم . وفيما يلى نعرض للأسس العامة التى يقوم عليها هذا الموضوع .

الفرع الأول

مصير الأموال المادية المستعملة فى استغلال المرفق

١ - يستعمل الملتزم فى «بيل اعداد المرفق موضوع الالتزام ، أنواعا مختلفة من الأموال ، بعضها من قبيل المقارات كالمباني ، ومحطات القوى ، والسكك الحديدية ، والقنوات . الخ . وبعضها من المنقولات ، كالسيارات والمواد الخام اللازمة للاستغلال . الخ ، وبعض هذه الأموال قد تكون مملوكة للملتزم ، وبعضها قد تسلمه له الادارة ، كأن تضع تحت تصرفه أجزاء الدومين العام اللازمة للاستغلال : كالسماح له بشغل جانب من الطريق ، أو سد أسلاك فوقه ، أو حفر أنفاق تحته . الخ . فما مصير كل هذه الأموال عقب انقضاء الالتزام ؟

٢ - يهيمن على هذا الموضوع قاعدة أساسية ، وهي أن وثيقة الالتزام هي التي تتضمن تحديد مصير تلك الأموال عند انقضاء الالتزام ، فليس ثمة قاعدة قانونية مسلم بها فى خصوص تلك الأموال . وبالدات ليست هناك قاعدة تقضى بأيلولة تلك الأموال مجاناً الى الدولة عقب نهاية الامتياز فى خارج حدود الاتفاق . وبهذا المعنى أفتت ادارة الرأى لمصلحة السكك الحديدية فى ٤ يونية سنة ١٩٥٥ بقولها : « لا يتضمن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة نصاً صريحاً يقضى بأيلولة موجودات المرافق العامة التى تدار بطريق الالتزام الى الدولة بدون مقابل عند انقضاء مدة الامتياز . وما نصت عليه المادة الثانية من هذا القانون من أنه « لا يجوز أن تتجاوز حصصه الملتزم السنوية ... » (المادة) لا يكفى وحده لتقرير حق الدولة فى الاستيلاء دون مقابل على موجودات المرفق فى نهاية مدة الالتزام ، ذلك أن ما ذهب اليه المشرع من خصم مقابل استهلاك رأس المال من الأرباح التى يفلها المرفق لا يعدو أن يكون تقريراً للقواعد العامة فى الاستغلال التجارى . أما تنظيم كيفية أيلولة موجودات المرافق العامة عند نهاية مدة الالتزام فأمر موضوعى محض ، يمتين الاتفاق عليه سلفاً بين السلطة مانحة الالتزام والملتزم . ومن ثم فلا وجه لانتقال الملكية للحكومة بالمجان ، ما لم يتم على ذلك نص فى عقد الالتزام » (١) .

وقد أيد قسم الرأى مجتمعا المبدأ السابق فى فتواه الصادرة فى ٢٣ مارس سنة ١٩٥٥ (٢) بقوله : « عند أيلولة المرفق لجهة الادارة تؤول تبعاً له كافة المنشآت والموجودات التابعة له واللازمة لسياره ، سواء نص فى عقد الالتزام على أيلولتها أو لم ينص . وتكون هذه الأيلولة مقابل التعويض اللازم ، ما لم ينص فى عقد الالتزام على أيلولة هذه الأشياء بدون مقابل ... » .

(١) فتوى رقم ٢٣٧٢ ، مجموعة فتاوى المجلس ، السنة العاشرة ومنتصف التاسعة من ٢٨٨ .

(٢) الفتوى رقم ٤٢٣ .

٣ - وبالرجوع الى التقليد الذى تجرى عليه عقود الامتياز فى فرنسا وفى مصر ، نجد أن تلك العقود تنص عادة على ايلولة بعض الأموال الى الدولة مجانا ، وعلى بقاء ما لم ينص عليه ملكا للملتزم ، مع الاتفاق على حق السلطات العامة فى شراء ما يلزم من تلك الأموال فى ادارة المرفق المام ، وأحيانا يتفق على التزام الدولة بشراء بعضها •

وفىما يلي نعرض للأحكام الخاصة بكل طائفة من تلك الأموال •

١ - § الأموال التى تبقى ملكا للملتزم

لما كان الأصل كما ذكرنا ، أن عقد الامتياز هو الذى يحدد الأموال التى تؤول الى الادارة عند انقضاء المدة ، فان كل ما لم يدرجه العقد فى تلك الطائفة يبقى ملكا للملتزم • فتحديد تلك الطائفة يلجأ فيه اذن الى طريقة سلبية ، بتحديد ما يؤول للدولة ، لمعرفة ما يبقى للملتزم •

ولا تنص عقود الالتزام عادة على مفردات الأموال التى تؤول الى الدولة عقب انقضاء العقد ، وإنما يجرى التقليد فى فرنسا على النص عادة على أن تؤول الى الدولة - مجانا أو بمقابل - الأموال التى تعتبر كلا لا يتجزأ فيما يتعلق باستغلال المرفق «Les biens qui font partie intégrante de l'exploitation du service» على هذا الأساس يبقى للملتزم :

(١) الأموال التى يمكن اعتبارها مستقلة عن المرفق ، ومنفصلة عنه (١) •

(١) فى تطبيقات هذه الفكرة راجع حكم مجلس الدولة الفرنسى الصادر فى ٦ أبريل سنة ١٩٠٠ فى قضية (Ville de Nantes) المجموعة ص ٢٧١ وفى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٧ فى قضية (Dame Vve Bastié) ، المجموعة ص ٩٤٠ •

(ب) الأموال التي لا تعتبر كلا لا يتجزأ عن المشروع الأساسي للامتياز ، ومثال ذلك من قضاء مجلس الدولة الفرنسي مكاتب الإدارة الخاصة بالمشروع «Les locaux administratifs» (١) .

٢ - § الأموال التي تؤول الى الدولة مجانا

١ - ويطلق عليها بالفرنسية اصطلاح «Biens de retour» ، وهي الأموال التي تعتبر كلا لا يتجزأ فيما يتعلق باستغلال المرفق كما ذكرنا . ويتمين أن ينص عليها صراحة في المقدد وفقا للمبدأ الذي شرنا اليه فيما سلف . والمادة أن تشمل هذه الأموال المقارات المستغلة في المشروع ، كالاراضي ، والمصانع ، والطرق ، والمقارات بالتخصيص . ولكن قد ينص المقدد على اادراج بعض المنقولات في تلك القائمة ، كالعربات في مرافق النقل بالسكك الحديدية أوالسيارات أو الترام ، أو قطع الغيار اللازمة للإدارة ، أو زوارق الارشاد . . . الخ .

٢ - اذا كان الأصل أن ينص على ايلوية الأموال السابقة الى الدولة بقوة القانون بمجرد انقضاء الالتزام ، فانه يحدث أن يتضمن العقد نصا على حق الادارة الاختيارى فى ترك بعض الأدوات التي يتبين عند انقضاء العقد أنها قد غدت غير صالحة لاستغلال المرفق . ولا جديد فى هذا النص ، فان الادارة تستطيع أن تعمل بما فيه ، ولو لم يرد صراحة فى العقد .

٣ - وتفترض الأيلولة المجانية لهذه الأدوات ، أن الملتزم قد كان لديه الوقت الكافى لاستهلاك ثمنها من الأرباح . ومع ثم فان عقود الامتياز تتضمن عادة الشروط اللازمة لمواجهة المفاجآت ، والتي قد تحول بين الملتزم وبين استهلاك ثمنها . ومع أوضح الأمثلة على ذلك استرداد الادارة المرفق قبل نهايته الطبيعية كما رأينا .

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٠ مايو سنة ١٩٢٩ فى قضية «Cie gén. éclairage Bordeaux» المجموعة ص ٤٨٥ .

٤ - ولما كان الملتزم يعلم سلفاً أن الأموال السابقة سوف تؤول مجاناً الى الدولة فإنه قد يميل الى الإهمال فى صاينتها ، حتى يكسب أكبر قدر ممكن من الأرباح . وتحتوى عقود الامتياز عادة على شروط مفصلة بالتزامات المتعاقد فيما يتعلق بصيانة تلك الأموال ، بحيث تسلم فى حالة جيدة عند نهاية المدة . ولكن المسلم به ، أن الالتزام بصيانة تلك الأموال مقرر دون حاجة الى النص عليه صراحة فى العقد^(١) . وللادارة الحق فى أن تخصم المبالغ اللازمة لهذه الصيانة أو لاصلاح الأدوات التى قصر الملتزم فى صيانتها مما يكون مستحقاً له عند تصفية الحساب النهائى بينه وبين الادارة . بل اننا نرى أن من حق الادارة - استناداً الى سلطتها فى رقابة الملتزم - أن تجبره على القيام بكافة الإصلاحات اللازمة ، لأن قاعدة استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد تقضى بأن تكون المرافق صالحة لأداء الخدمة المنوطة بها فى كل وقت . وإهمال الملتزم فى الصيانة يمرض المرفق للتوقف عند نهاية المدة . ومن ثم يكون من حق الادارة أن تمسك بالطرق المشروعة على تجنب تلك النتيجة .

٣ - § الأموال التى من حق الدولة أن تشتريها

ويطلق على هذه الأموال بالفرنسية اصطلاح «biens de reprise» وتحدد أيضاً شروط العقد . وهى كالنوع الأول ، أى من قبيل الأموال التى تعتبر كلاً لا يتجزأ فيما يتعلق باستغلال المشروع . غير أنها تكون من المنقولات عادة ، بينما ينتمى النوع الأول الى طائفة المقاررات غالباً .

وكما تحدد شروط العقد ما ينتمى الى هذه الطائفة من أموال فإنها تحدد أيضاً مدى حرية الادارة فى شرائها : فتارة يكون للدولة أن تشتري ما ترى لزومه للمرفق منها ، وتارة أخرى تلتزم بشراء ما يحدده العقد من بين تلك الأموال^(٢) .

(١) مطول جين فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ١١٧٣ ، ومطول دى لوبادير ، الجزء الثالث ، ص ٢١٢ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٧ مايو سنة ١٩٤٢ فى قضية «commune de Luc en-Diois» المجموعة ص ١٤٨ .

وتحدد شروط العقد أيضا الأسس التي يقوم عليها تقدير
ثمن تلك الأموال .

الفرع الثاني

تصفية الحسابات بين الملتزم والادارة

يعتمد الملتزم عادة على الرسوم التي يتقاضاها من المنتفعين في
سبيل تغطية ما ينفقه على اعداد المرفق ، وما يعول عليه من ربح .
ولكن انقضاء الالتزام قد يثير مسألة أخيرة تتعلق بتصفية الحسابات
بين الادارة والملتزم . فقد تنهى الادارة العقد نهاية مبسرة كما
رأينا ، وقد تكون الادارة قد التزمت في مواجهة المتعاقد بأن تضمن
له حدا أدنى من الربح ، أو تكون قد تسببت بتصرفاتها في أن تحمله
بعض الأعباء . وقد يكون الملتزم مقصرا فيما يتعلق بصيانة الأموال
التي سوف تعود مجانا الى الدولة ، أو فيما يختص بالأتاوة التي يتعين
دفعها للدولة ... الخ . وكل هذه الأمور تقتضى تصفية على أساس
المقاصة بين حقوق كل من الطرفين ، واستئزال المبالغ المستحقة
للالدارة ، من ثمن الأموال التي يتعين على الادارة شراؤها .

والقاعدة التي تحكم تلك التصفية ، تنحصر في اعمال شروط
العقد ، على أماس أن النصوص التي يتضمنها عقد الالتزام في
هذا الصدد ، هي نصوص تعاقدية ، ملزمة لكل من الطرفين .
ومن ثم فان مهمة القضاء ، فيما لو طرح عليه النزاع ، أن يعمل
على تفسير تلك الشروط ، والقيام أحكامها ، وفقا للنية المشتركة
للطرفين المتعاقدين^(١) .

(١) حكم المجلس الصادر في ١١ أغسطس سنة ١٩٢٢ في قضية «Chemin de fer
de l'Etat algérienne» المجموعة ص ٧٣٦ وقد جاء فيه :

«En l'absence de toute stipulation expresse relative au remboursement ou au
de rachat de la créance de l'Etat, il y a lieu de rechercher par l'interprétation de
l'ensemble des dispositions des convention l'intention commune des parties contrac-
tantes».

والنتيجة التى نخرج بها من هذه الدراسة ، أن موضوع تصفية عقد الامتياز يخضع خضوعا شبه تام لشروط العقد ، وأن على القاضى حتى فى حالة غموض الشروط ، أن يتلمس الحل على ضوء شروط العقد فى مجموعها ، مستهديا فى ذلك بنية الطرفين المشتركة • ومن ثم فإن مجال القضاء الانشائى فى هذا المجال محدود ، لاقتصار دوره على تفسير شروط العقد وتنفيذها •

ولهذا فإن من الأهمية بمكان أن تصاغ شروط عقد الامتياز بوضوح تام حتى تقطع السبيل على كل نزاع عند التصفية •

الفصل الثاني

نهاية عقود الأشغال العامة

تنتهى عقود الأشغال العامة نهاية طبيعية أو مبتسرة كسائر العقود الادارية . وفيما يلى نعرض للطريقتين .

المبحث الأول

النهاية الطبيعية لعقود الأشغال

الوضع الغالب بالنسبة الى عقود الأشغال العامة أنها عقود فورية ، تنقضى بتنفيذ كل من الطرفين المتعاقدين لالتزاماته المترتبة على العقد^(١) . أما التزامات الادارة فتتصر فى الوفاء بالثمن المتفق عليه فى العقد . أما التزامات المتعاقد فتقوم على اتمام الأعمال موضوع العقد .

وفيما يتعلق بدفع الثمن ، فقد سبق أن أشرنا اليه ، ونعرض هنا لكيفية الوفاء بالتزامات المقاول ، ويتحرر المقاول من التزاماته قبل الادارة بتسليم الادارة للأعمال التى قام بتنفيذها . ولكن يجب أن نميز فى هذا الصدد بين الاستلام المؤقت للأعمال والاستلام النهائى لها .

(١) ولكن ثمة طائفة خاصة من عقود الأشغال تعتبر من قبيل العقود الزمنية ، وهى عقود الالتزام بالصيانة «le marché d'entretien» وتنقضى هذه العقود بانتهاء المدة المقررة فى العقد ، كما هو الشأن فى عقود الالتزام وفيرها من العقود الزمنية .

الفرع الأول الاستلام المؤقت

(La reception provisoire)

١ - وهو الذى يتم عقب انتهاء المفاوض للأعمال المتفق عليها مباشرة . والأصل فيه أن يتم فى حضور المفاوض أو مندوبيه^(١) . وقد نظمت المادة ٨٥ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة (التى تقابل المادة ٩٧ من اللائحة الملقاة) . فبعد أن ألزمت المفاوض بأن يغلى الموقع من جميع المواد والأتربة والبقايا وأن يمهد ، والاقامت الادارة بذلك على حسابيه ، قالت « ... » ويخطر (المفاوض) عندئذ بالموعد الذى حدد لاجراء المعايينة ، ويحرر محضر التسليم المؤقت بعد اتمام المعايينة ، ويوقعه كل من المفاوض أو مندوبه الموكل بذلك بتوكيل مصدق عليه ومندوبى جهة الادارة الذين يخطر المفاوض باسمائهم ، ويكون هذا المحضر من ثلاث نسخ تسلم احداها للمفاوض . وهكذا تكون تلك المادة قد احتفظت بقاعدة التسلم فى حضور المفاوض .

ولكن ما الحل لو تخلف أحد الطرفين عن الحضور ؟! أما فيما يتعلق بتخلف المفاوض أو مندوبه عن الحضور ، فقد أجايت عنه المادة ٨٥ السابقة صراحة بقولها : « ... » وفى حالة عدم حضوره (المفاوض) أو مندوبه فى الميعاد المحدد ، تتم المعايينة ويوقع المحضر من مندوبى جهة الادارة وحدهم « ... » ولكن المادة لم تعرض لحالة تخلف الادارة عن الحضور أو امتناعها عن اتمام التسليم المؤقت . ويجرى مجلس الدولة الفرنسى على حق المفاوض فى اتمام الاستلام المؤقت فى غيبتها^(٢) . ولكن يتمين عليه بطبيعة الحال اصدار الادارة

«Caractère contradictoire de la reception provisoire»

(Départ. du Vaucluse)

(١) حكمه الصادر فى ١٤ يناير سنة ١٩٤٤ فى قضية

المجموعة من ١٦ .

(٢)

قبل الالتجاء الى هذا الاجراء^(١) ، وهذا الحق طبيعى ، ويقابل حق الادارة فى اجراء الاستلام فى غيبة المكاول .

٢ - والأصل أن يتم الاستلام المؤقت صراحة ، وبمقتضى تحرير محضر يوقع عليه من كل من مندوبى الادارة والمكاول على النحو الذى أوضحته المادة ٨٥ من اللائحة الحالية والمادة ٩٧ من اللائحة المفعلة . ولكن هل يمكن أن يتم الاستلام المؤقت ضمنا ؟

لقد أجاب مجلس الدولة الفرنسى على هذا التساؤل بالإيجاب ، وذلك اذا تسلمت الادارة الأعمال ضمنا ، وبدأت فى استخدامها فيما أعدت له من أغراض ، فاعتبر أن وضع اليد الفعلى من قبل الادارة « La prise de possession effective » يقوم مقام الاستلام المؤقت ، اذا كشف عن نية الطرفين القاطعة فى هذا الخصوص ، لا سيما اذا صاحب وضع يد الادارة على الأعمال ما يكشف عن تلك النية . ومن هذا القبيل ، عدم ايداء اعتراضات على الأعمال ، واستعمال الأشغال فيما أعدت له ، كاستعمال المباني أو القنطرة . . الخ ورد التأمينات الى القول . . . الخ^(٢) .

ولكن المسلم به أن هذا الموضوع يقوم على دراسة كل حالة على حدة ، يحسمها القضاء وفقا لظروفها الخاصة . ولهذا فان مجلس الدولة لم يعتبر وضع الادارة ليدها على الأعمال بمثابة الاستلام المؤقت فى جميع الحالات ، لا سيما اذا كانت تلك الأعمال غير تامة^(٣) .

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢ فبراير سنة ١٩٣٧ فى قضية Sté. des travaux hydrauliques المجموعة من ١٥١ وفى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٠ فى قضية (Commune de Valvic) المجموعة من ٢٣١ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٥ فى قضية (Michelon) المجموعة من ٩٤٦ وفى ٣٠ يناير سنة ١٩٢٥ فى قضية (Perperot) المجموعة من ١٣٥ وفى ٢٠ يناير سنة ١٩٣٧ فى قضية (Ville de Houilles) المجموعة من ٨١ وفى ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ فى قضية (Toucheviens) المجموعة من ٥٦ وفى ١٣ فبراير سنة ١٩٤٢ فى قضية (Office hab. bonmarché deoff) المجموعة من ٥٦ وفى ٣ مارس سنة ١٩٥٤ فى قضية «Sté. entreprise industrielles» منشور فى مجموعة Actual. ju. سنة ١٩٥٤ ، القسم الثانى ، من ٢٤٩ .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٢٤ مارس سنة ١٩٢٦ فى قضية «Gilbert» المجموعة من ٣٣٨ .

٣ - ويترتب على اتمام الاستلام المؤقت نتيجة رئيسية هامة ، وهى بدء فترة الضمان ، التى يتعين اتمام الاستلام النهائى عند انقضائها . والى هذا الأثر أشارت كل من المادة ٨٥ من اللائحة الحالية والمادة ٩٧ من اللائحة الملقاة بقولها : « ... اذا تبين من المعاينة أن العمل قد تم على الوجه المطلوب ، اعتبر تاريخ اخطار المقاول للجهة الادارة باستعداده للتسليم المؤقت موعد انتهاء العمل ، وبدء مدة الضمان . واذا ظهر من المعاينة أن العمل لم ينفذ على الوجه الاكمل فيثبت هذا فى المحضر ، ويؤجل التسليم الى أن يتضح أن الأعمال قد تمت بما يطابق الشروط (هذا مع عدم الاخلال بمسؤولية المقاول طبقا لأحكام القانون المدنى) وتبدأ من تاريخ المعاينة الأخيرة مدة الضمان » .

ولكن المادة السابقة رتب للمقاول حقا آخر بمقتضى الاستلام المؤقت ، وذلك بنصها على أنه « بعد اتمام التسليم المؤقت يرد للمقاول - اذا لم توجد قبله مطالبات للجهة المتعاقدة أو لأية مصلحة حكومية - ما زاد من قيمة التأمين النهائى على النسبة المحددة من قيمة الأعمال التى تمت فعلا . وتحفظ الجهة المتعاقدة بهذه النسبة لحين انتهاء مدة الضمان واطتمام التسليم النهائى » .

٤ - ولكن لا يترتب على التسليم المؤقت انتقال الملكية الى الادارة ، وبالتالي يظل المقاول متحملا للمخاطر التى تتعرض لها الأعمال خلال الفترة بين الاستلام المؤقت والاستلام النهائى ، وذلك بطبيعة الحال ، ما لم ينص العقد على خلاف ذلك^(١) .

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٣ فى قضية «Berri. Nebes» الميسومة ص ٨١٣ ، وحكم المجلس الصادر فى ٢٨ مارس سنة ١٩٦٥ قضية «Clausner» المجموعة ص ٦٨ وقد جاء فيه :

«La reception definitive des ouvrages n'était pas intervenue lorsque ces désordres se sont produits; aucune clause de documents applicables au marché n'exonérait l'entrepreneur des risques provenant d'un cas de force majeure; dès le sieur C ... n'est pas fondé à soutenir qu'il ne doit en supporter les conséquences».

(م ٥٢ - العقود الادارية)

ولا يترتب على الاستلام المؤقت تغطية الأخطاء التي يكون المقاول قد ارتكبها أثناء التنفيذ كما سنرى *

ولكن الإدارة إذا أتمت الاستلام المؤقت بلا تحفظ ، وكان المقاول قد أدخل بعض التعديلات على التصميمات الأصلية للمقاييسات ، فإن ذلك يعتبر منها قبولا لتلك التعديلات^(١) .

٥ - ومدة الضمان الذي يعقب الاستلام المؤقت هي عام وفقا للمادة ٨٦ من اللائحة الجديدة ، والمقابلة للمادة ٩٨ من اللائحة الملغاة والتي تقول : « يضمن المقاول الأعمال موضوع العقد وحسن تنفيذها على الوجه الأكمل لمدة سنة واحدة من تاريخ التسليم المؤقت ، وذلك دون اخلال بمدة الضمان المنصوص عليها في القانون المدني » .

ولقد حددت المادة عينها الالتزامات التي يتحملها المقاول خلال تلك الفترة بقولها « والمقاول مسئول عن بقاء جميع الأعمال سليمة أثناء مدة الضمان » فإذا ظهر بها أى خلل أو عيب يقوم بإصلاحه على نفقته . وإذا قصر فى اجراء ذلك ، فلجهة الإدارة أن تجرية على نفقته وتحت مسؤوليته » .

ويتضح من ذلك أن هذه المدة انما تقرررت كفترة اختبار ، تستطيع الإدارة خلالها أن تحكم على صلاحية الأعمال فى فسحة من الوقت ، قبل أن تنتقل اليها ملكيتها نهائيا .

ولما كان المقاول هو المالك خلال هذه الفترة ، فإنه لا يتحمل مسؤولية هلاك الشيء كما ذكرنا فحسب ، بل انه يتحمل أيضا مسؤولية الأضرار التي تلحق الغير من جرائم فساد الأعمال . ولقد

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٩٥٠ فى قضية (Ville d'Aumale) المجموعة ص ٢٨٨ حيث يقول :

«La modification qu'il (l'entrepreneur) a ainsi apportée au marché n'a motivé aucune observation de la part de la ville lors de la réception provisoire; elle devait par su te être réputée comme acceptée par la ville et ne pouvait mettre obstacle à la réception définitive».

قرر مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الخصوص ، أن المقاتل لا يجديه الاحتجاج بأن الادارة لم تلفت نظره . ما يشوب الأعمال من فساد ؛ كان هو السبب فى أحداث الضرر ؛ عند اتمام الاستلام المؤقت^(١) ،

ولا يقتصر الضمان الذى ذكرناه على الميوب التى تكتشفها الادارة عند اجراء الاستلام المؤقت والتى تبدى بشأنها تحفظات ، ولكنه يغطى جميع الميوب التى تكتشف أثناء مدة الضمان ، حتى ولو كان الاستلام المؤقت قد تم بدون ابداء تحفظات ، لأن مدة الضمان لم تشرع الا لمواجهة هذه الميوب والتى قد لا يمكن التنبه اليها عند الاستلام المؤقت^(٢) .

ويجربى مجلس الدولة الفرنسى على تخويل الادارة حق اصصدار أوامر مصلحية الى المقاتل لاصلاح كل ما تكتشف عنه الأعمال من عيوب أو ما يظهر فيها من نقص^(٣) . وتملك الادارة الالتجاء الى وسائل الضغط لاكراهه على تنفيذ تلك الأوامر^(٤) ، وهو ما ورد النص عليه صراحة فى المادتين ٨٦ من اللائحة الجديدة والمادة ٩٨ من اللائحة المفاته . ولكن ضمان المقاتل لا يغطى التلف الذى يرجع الى خطأ الادارة أو القوة القاهرة ، وذلك وفقا للقواعد العامة المقررة فى هذا الصدد .

(١) حكم المجلس الصادر فى ١٢ مايو سنة ١٩٤٤ فى قضية (Cie. générale d'as surance) المجموعة ص ١٣٨ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى ٨ يوليو سنة ١٩٢٥ فى القضية (Guillet) المجموعة ص ٦١ وفى ٢٨ مارس سنة ١٩٤٥ فى قضية «Clauzet» المجموعة ص ٦٨ وفى ٢٣ مارس سنة ١٩٤٩ فى قضية (Assoc. synd. des submergionnistes) مجلة القانون العام سنة ١٩٤٩ ص ٦١٨ .

(٣) حكم المجلس الصادر فى ٨ يوليو سنة ١٩٢٥ فى قضية (Guillet) وقد إسبقت الإشارة اليه فى الماضى السابق . وحكمه فى ١٨ يوليو سنة ١٩٢٨ فى قضية (Baillie) المجموعة ص ٩١٤ .

(٤) حكم المجلس الصادر فى فى قضية (Cass) السابقة ، وفى ٢٧ يونية سنة ١٩٣٥ فى قضية (Clauzet) المجموعة ص ٧٣٨ .

الفرع الثانى

(La reception definitive) الاستلام النهائى

١ - وهو الاجراء الذى بمقتضاه تملك الادارة الأعمال نهائيا ، بعد أن تتأكد من أن المكاول قد أوفى بالتزامه على الوجه المرضى . وهو يتم عقب انتهاء فترة العام السابق ، والذى يبدأ من تاريخ الاستلام المؤقت . وقد نظمت هذا الاستلام المادة ٩٩ من اللائحة الملغاة ، والمادة ٨٧ من اللائحة الجديدة بقولها : « قبيل انتهاء مدة الضمان بوقت مناسب ، يخطر المكاول جهة الادارة كتابة للقيام بتحديد موعد المعاينة . ومتى تبين أن الأعمال قد نفذت مطابقة للمواصفات بحالة جيدة ، فيتم تسلمها نهائيا بموجب محضر من ثلاث صور يوقعه كل من مندوبى جهة الادارة والمكاول أو مندوبه الرسمى ، وتعطى للمكاول صورة منه وإذا ظهر من المعاينة أن المكاول لم يقم ببعض الالتزامات ، فيؤجل التسليم النهائى لحين قيامه بما يطلب اليه من الأعمال ، هذا مع عدم الاخلال بمسئوليته طبقا لأحكام القانون المدنى . وعند تمام التسليم النهائى ، يدفع للمكاول ما قد يكون مستحقا له من مبالغ ، ويرد اليه التأمين النهائى أو ما تبقى منه » .

٢ - ويتم التسليم النهائى فى مواجهة كل من الطرفين - كما هو الشأن بالنسبة الى التسليم المؤقت ، وكما هو واضح من نص المادة ٩٩ الملغاة والمادة ٨٧ الحالية - بمقتضى محضر يوقعانه . وقد يكون خاليا من التحفظات أو مصحوبا ببعض التحفظات . وعند النزاع يكون الفصل للقضاء الادارى .

والأصل هنا أيضا أن يتم الاستلام النهائى صراحة . ولكن هل يجوز أن يتم بطريقة ضمنية كما هو الشأن بالنسبة الى الاستلام المؤقت ؟ لا شك فى أن من حق المكاول على الادارة أن تقوم باجراء الاستلام النهائى عند نهاية مدة الضمان إذا ما كانت الأعمال سليمة ، اما لأنها كانت كذلك من أول الأمر ، أو متى أصبحت كذلك بعد أن

ينفذ المفاوض ما تطلبه الادارة من اصلاحات • فاذا رفضت الادارة الاستلام ، فانها تتعرض للمسئولية التعاقدية • ومن حق المفاوض أن يلجأ الى قاضي العقد ، لاثبات أن الأعمال في حالة تسمح باستلامها (en état d'être reçus) ، وذلك لأن للمفاوض حق مكتسباً في أن يتم الاستلام النهائي حتى يمكنه الحصول على المقابل المتفق عليه من ناحية ، وأن يتحرر من التزامه بالتنفيذ من ناحية أخرى^(١) •

ولكن هل يمكن أن يستفاد من المبدأ السابق ، امكان حصول الاستلام النهائي بطريقة أخرى ؟ • هنا أيضاً يجيب مجلس الدولة الفرنسي على هذا التساؤل بالاجاب ، بشرط أن يثبت أن الأعمال كانت في حالة تسمح باستلامها نهائياً^(٢) • ولكن الموضوع هنا أيضاً ، يتعلق بكل حالة على حدة ، بمعنى أن الاستلام النهائي لا يمكن اعتباره قد تم بطريقة ضمنية الا اذا كانت الأعمال قد تمت حقيقة على الوجه السليم • أما اذا ثبت أن بها عيوباً^(٣) ، أو أن المفاوض قد قصر في اجراء اصلاحات التي طلبتها الادارة^(٤) ، أو كان العقد يتضمن اجراء تجارب خاصة قبل الاستلام النهائي ولم تتم تلك التجارب^(٥) • الخ • في كل هذه الحالات لا يمكن القول بأن الاستلام النهائي قد تم بطريقة ضمنية •

٣ - ويرتب على الاستلام النهائي ، النتائج الحاسمة فيما يتعلق

- (١) حكم المجلس الصادر في ٣١ مارس سنة ١٩٥٤ في قضية (Sté. entreprises industrielle) مجموعة (Actual. Juri.) سنة ١٩٥٤ ، القسم الثاني . ص ٢٤٩ وقد جاء فيه :
- (L'entrepreneur a un droit acquis à la reception définitive.) (Marquis) (Didonna)
- (٢) حكم المجلس الصادر في ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٩ في قضية «Marquis» المجموعة ص ٤٦٧ وفي ٢١ أبريل سنة ١٩٥٠ في قضية (Didonna) المجموعة ص ٢٢٩ وفي ٣١ مارس سنة ١٩٥٤ في قضية (Sté. entreprises industrielle) المجموعة ص ٢٣ وفي ٢٣ مارس سنة ١٩٤٩ في قضية (-soc. synd. des submersionnistes) المجموعة ص ١٤٢ •
- (٤) حكم المجلس الصادر في ٨ أغسطس سنة ١٩٢٤ في قضية (Albony) المجموعة ص ٨٢٨ •
- (٥) حكم المجلس الصادر في ١٩ يونيو سنة ١٩٤٢ في قضية (Sté. Ruits, forages Sondages) المجموعة ص ٢١٧ •

بانقضاء عقد الأشغال العامة ، وما يولد مع التزامات • ويمكن اجمال تلك النتائج فيما يلي :

أولا - انتقال الملكية وتحمل تبعة الهلاك الى الادارة : يؤدي الاستلام النهائي - بمكس الاستلام المؤقت - الى انتقال ملكية الأعمال الى الادارة نهائيا • وبالتالي فان الادارة ، منذ تاريخ هذا الاستلام ، تتحمل نتيجته هلاك تلك اعمال وفقا للقاعدة المعروفة (١) •

ثانيا - يتحلل المقاول من واجب الصيانة الذى يقع على عاتقه فى الفترة ما بين التسليم المؤقت والتسليم النهائي ، وبالتالي لا تملك الادارة أن تكلف المقاول بشئ من هذا القبول بعد التاريخ السابق •

ثالثا : لا تملك الادارة بعد الاستلام النهائي أن تحتج بمخالفة المقاول للعقد ، أو أنه لم يحترم شروطه فى التنفيذ «Le malfaçons» ولا تستطيع أن تطالب بالتعويض عن شئ من هذا القبول الا اذا كانت قد قدمت بشأنه تحفظات صريحة عند اتمام الاستلام النهائي (٢) •

ولكن يجب التمييز بين مخالفة شروط العقد عند التنفيذ ، وبين العيوب التى تتكشف عنها الأعمال بعد الاستلام النهائي ، فمن حق الادارة أن تطالب بالتعويض عن هذه العيوب ما لم يسقط الحق فى ذلك بالتقادم ، ومن تطبيقات المحكمة الادارية العليا لهذه الحالة ما يلى :

- حكمها الصادر فى ٦ أبريل سنة ١٩٦٨ (س ١٣ ، ص ٧٦٦) وتتلخص ظروف الدعوى فى أن احدى الشركات قامت بتنفيذ عملية مجارى لمسبب احدى المحافظات ، وبعد أن تم التسليم ظهر بها عيب ترتب عليه هبوط المجارى مما أدى الى ضرورة اصلاحها من جديد •

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٨ مارس سنة ١٩٤٥ فى قضية (Clausier) المجموعة ص ٦٨ وفى ٣١ مارس سنة ١٩٥٤ فى قضية (Sté. entreprises industrielles) (٢) حكم المجلس الصادر فى ٣٠ يناير سنة ١٩٣٥ فى قضية (Perpécot) المجموعة ص ١٣٥ وفى ٢٩ مارس سنة ١٩٣٩ فى قضية (Ville de St. de Lou) المجموعة ص ٢٤١ •

وكانت البلدية المتماقدة قد علمت بالمعيب ، ولكنها لم ترفع الدعوى الا بعد ثلاث سنوات من تاريخ العلم بالمعيب ، فقررت كل مع محكمة القضاء الادارى والمحكمة الادارية العليا سقوط حق المحافظة فى رفع الدعوى . وفى حكم المحكمة الادارية العليا المشار اليه قررت :

(أ) انطباق المادتين ٦٥١ و ٦٥٤ من القانون المدنى على هذه الحالة « ما دامت لا تتعارض مع روابط القانون العام » .

(ب) « مدة الثلاث سنوات هى مدة تقادم ترد عليها أسباب الانقطاع ، فتنقطع برفع الدعوى الموضوعية ، ولا يكفى لقطعها أن يرفع رب العمل دعوى مستمجة بطلب تعيين خبير لاثبات حالة البنا ، وتنقطع أيضا باقرار الماقل أو المهندس بحق رب العمل فى الضمان »

— حكمها الصادر فى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٧١ (س ١٧ ، ص ١٢١) على أساس الوقائع التالية : قام أحد الماقلين بانشاء سور كورنيش النيل بمدينة سواهج ، وسلم ابتدائيا فى ٢٨ مارس سنة ١٩٥٦ . وبتاريخ ١١ يناير سنة ١٩٥٩ أبلغ أحد المواطنين بهدم السور . تبين — نتيجة لتحقيق أجرته كلية الهندسة — أن الانهيار يرجع الى عدم مطابقة المكونات للمواصفات . رفعت دعوى التعويض فى ٣ مايو سنة ١٩٦٥ ، فقضت محكمة القضاء الادارى بعدم قبول الدعوى استنادا الى المادة ٦٥٤ مدنى التى تقضى بسقوط دعوى الضمان بانقضاء ثلاث سنوات من تاريخ حصول التهم أو انكشاف المعيب . ولكن المحكمة الادارية العليا الفت الحكم السابق ، لأن ما تقرره المادة المشار اليها ، هو مجرد تقادم ، تسرى عليه المادة ٣٨٧ من القانون المدنى والتى توجب التمسك بالدفع من قبل صاحب الشأن ، وذلك بقولها : « ومن حيث انه لا مرية لدى هذه المحكمة فى أن مدة السنوات المحددة بالمادة ٦٥٤ من القانون المدنى ، هى تقادم مسقط لا تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ، ولا تسقط بانقضائها تلقائيا ، وانما يسوغ أن تثار كدفع من جانب المدين أو أحد دائنيه ... وبغير أن يدفع به لا تكون المحكمة فى حل من القضاء بعدم قبول

الدعوى ، ويكون تصديها لامتقاط الدعوى من تلقاء نفسها مخالفا للقانون ، طالما لم يقدم لها دفع من ذى الشأن ممن عينتهم المادة ٦٥٤ من القانون المدنى المشار اليها » .

رابعا - يحق للمقاول من تاريخ الاستلام النهائى أن يطالب بكافة مستحقاته قبل الادارة ، وهو ما تقضى به الفقرة الأخيرة من كل من المادتين ٩٩ من اللائحة الملغاة والمادة ٨٧ من اللائحة الجديدة حيث تقول : « وعند تمام انتسليم النهائى ، يدفع للمقاول ما قد يكون مستحقا له من مبالغ ، ويرد اليه التأمين النهائى أو ما تبقى منه » . فإذا تأخرت الادارة فى الدفع بدون وجه حق ، فإن المقاول يستحق فوائد تأخير من تاريخ المطالبة بدفع المقابل^(١) .

٤ - الضمان العشرى للمقاول والمهندس : يطبق مجلس الدولة الفرنسى على المقاول الضمان العشرى المنصوص عليه فى المادتين ١٧٩٢ و ٢٢٧٠ من القانون المدنى الفرنسى . ومما له دلالة فى هذا الخصوص أن مجلس الدولة الفرنسى يلتزم بتطبيق تلك المواد كما تطبقها المحاكم المدنية ، حتى ولو لم يشر اليها المقدم صراحة^(٢) .

وهذا هو المنطق الذى التزمته كل من لائحة المناقصات والمزايدات ، القديمة والجديدة ، فبعد أن وضعت الأحكام التى أشرنا اليها فيما سبق ، نصت صراحة على أن تلك الأحكام « لا تخل بمسئولية المقاول طبقا لأحكام القانون المدنى » .

وسوف نكتفى بذكر النصوص المقررة فى المجموعة المدنية المصرية بهذا الصدد، محيلين فى شرحها الى المؤلفات المدنية المعروفة .

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٢ يوليو سنة ١٩٢٥ فى قضية (Commune de Cabanès) المجموعة ص ٧١٩ وفى ٢١ أبريل سنة ١٩٥٠ فى قضية «Didonne» المجموعة ص ٢٢٩ .

(٢) حكم المجلس الصادر فى أول أغسطس سنة ١٩٢٥ فى قضية (Ville de la Rochelle) المجموعة ص ٣٧٧ .

مادة ٦٥١ : « ١ - يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مباني أو أرقامه من منشآت ثابتة أخرى ، وذلك ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها ، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة ، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات » .

٢ - ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته .

٣ - وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل .

٤ - ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين من الباطن » .

مادة ٦٥٢ : « إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ ، لم يكن مسئولا إلا عن العيوب التي أتت من التصميم » .

مادة ٦٥٣ : « يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه » .

مادة ٦٥٤ : « تسقط دعاوى الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب » .

المبحث الثاني

النهاية المبصرة لعقود الأشغال العامة

١ - ينقضى عقد الأشغال العامة قبل ميعاده الطبيعي وفقا للأسباب التي أشرنا إليها فيما سبق . ويمكن إجمال تلك الأسباب فيما يلي :

أولا - الفسخ باتفاق الطرفين : وحينئذ يترك للدائرة والمقاول ترتيب الآثار 'التي تترتب على هذا الفسخ الاتفاقي' .

ثانيا - ينفسخ العقد بقوة القانون اذا توافرت شروط معينة كهلاك الشيء موضوع التعاقد .

ثالثا - ينقضى العقد بحكم القضاء في بعض حالات منها :

(١) اذا استحال على المتعاقد أن ينفذ التزاماته .

(ب) اذا أخطأت الادارة خطأ جسيما في تنفيذ التزاماتها .

(ج) اذا عدلت الادارة في التزامات المتعاقد تمديلا جسيما يقلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب أو يغير من جوهره بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام التزام جديد .

رابعا - للدائرة حق فسخ العقد بقرار منها وذلك في حالتين كما رأينا وهما :

(١) اذا أخل المقاول بالتزاماته . وحينئذ يكون الفسخ بمثابة جزاء توقعه الادارة على المقاول تحت رقابة القضاء . ولكن يجب أن يكون اخلال المقاول جسيما يبرر هذه العقوبة القاسية . وقد قررت المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في ١٨ يناير سنة ١٩٨٦ (الطعن رقم ١٧٨٦ لسنة ٣٠ قضائية) أن معيار البطل في تنفيذ الأعمال الذي يبرر سحب العمل من المقاول يقتضي تحديد تاريخ البطل في التنفيذ ، وبيان مدى تجاوب المقاول في تنفيذ الأعمال المسندة اليه . « ومرور فترة وجيزة بعد البطل في التنفيذ دون أن يتضح أن ثمة مخالفة يمكن نسبتها اليه ، لا يصلح سببا لسحب العمل منه » .

(ب) بدون خطأ من جانب المقاول ، وذلك اذا كانت مقتضيات المصلحة العامة تستوجب هذا الانهاء، وحينئذ يتمين تمويض المقاول .

خامسا - وهناك حالات خاصة لفسخ عقود الأشغال العامة تتضمنها تشريعات خاصة ، أو تنظمها اللوائح أو دفاتر الشروط . ويتم فيها انقضاء العقد بقوة القانون ، أو بناء على حكم من القضاء أو بقرار إداري تحت رقابة القضاء مما يندرج في الحالات السابقة .

٢ - ومتى فسخ العقد ، فإنه يتمين تصفية آثاره . ولا يتم ذلك إلا بمعرفة مقدار ما تم تنفيذه من الأعمال . ولمواجهة ذلك تقول المادة ٩٦ من اللائحة المرفقة ، والمقابلة للمادة ٨٤ من اللائحة الجديدة : « وفي حالة سحب العمل كله أو بعضه من المقاول يحجر كشف بالأعمال التي تمت وبالألات والأدوات التي استحضرت والمهمات التي لم تستعمل والتي يكون قد وردها المقاول بمكان العمل ويحصل ذلك الجرد خلال شهر من تاريخ سحب العمل بمعرفة مندوب جهة الإدارة ، وبحضور المقاول بعد إخطاره بكتاب موصى عليه بالخطور هو أو مندوبه . ويثبت هذا الجرد بموجب محضر يوقعه كل من مندوب جهة الإدارة ، والمقاول أو من ينوب عنه . فإذا لم يحضر أو لم يرسل مندوبا عنه ، فيجرب الجرد في غيابه . وفي هذه الحالة يخطر المقاول بنتيجة الجرد . فإذا لم يبد ملاحظاته خلال أسبوع من تاريخ وصوله إليه ، كان ذلك بمثابة إقرار منه بصحة البيانات الواردة في محضر الجرد . وجهة الإدارة غير ملزمة بأخذ شيء من هذه المهمات إلا بالقدر الذي يلزم لاتمام الأعمال فقط ، على شرط أن تكون صالحة للاستعمال ، أما ما يزيد على ذلك فيكلف المقاول بنقله من محل العمل » .

وبعد ذلك يختلف الحكم وفقا لاختلاف السبب الذي يؤدي إلى نهاية العقد نهاية مبسرة : فإذا كان المرجع إلى خطأ المتعاقد ، فإنه يتعرض لتوقيع الغرامات المالية التي درسناها ، كما يكون معرضا للحكم عليه بالتعويض لصالح الإدارة .

أما إذا فسخ العقد بغير خطأ المتعاقد ، فإن من حقه الحصول على التعويض ، وفقا للتفصيل الذي أوردناه في موضعه من هذا المؤلف .

٣ - ويجب أن نذكر هنا بما سبق أن أوردناه في موضعه من أن مجلس الدولة الفرنسي يجرى على عدم الحكم بإلغاء القرارات الادارية الصادرة بفسخ عقود الأشغال العامة ، ولا أى قرار آخر يصدر من الادارة فى شئون الأعمال موضوع العقد ، وذلك على أساس أن الادارة هى صاحبة الأشغال العامة ، ومن ثم فيجب أن تكون لها الكلمة العليا فى خصوصها حتى ولو ثبت أن تلك القرارات كانت غير مشروعة ، وذلك اكتفاء بحق المقاول فى التعميض الكامل . ونكتفى فى هذا الموضوع بأن نذكر بقول مجلس الدولة الفرنسي فى حكمه الصادر فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٤ فى قضية «Pico»^(١) حيث يؤكد :

«Le juge des contestations relative aux marchés de travaux public n'a pas le pouvoir de prononcer l'annulation des mesures prises par le maître de l'ouvrage envers l'entrepreneur et il lui appartient seulement de rechercher si ces actes sont intervenus dans des conditions de nature à ouvrir au profit de celui-ci un droit à indemnité».

ويتنقد الفقهاء هذا القضاء باعتباره ضاراً حتى بالادارة نفسها ، لأن المقاول يستطيع أن يحصل على حكم بتقرير الفسخ على مسؤولية الادارة باعتبارها مخطئة ، مما يحملها بأعباء كبيرة ، كان يفنى عنها تمكين القاضى من أن يحكم بإلغاء القرار الصادر بفسخ العقد على خلاف القانون^(٢) . ولا شك أن هذا الرأى وجيه لأنه يحقق المصلحة العامة ، ولهذا فلا نحبذ لمجلس الدولة المصرى أن يتابع مجلس الدولة الفرنسي فى هذا المسلك .

(١) المجموعة ص ٦٩ ، ومن أحكامه القديمة حكمه الصادر فى ٢٠ يناير سنة ١٩٠٥ فى قضية «Cie. depart. des eaux» المجموعة ص ٥٧ ، وراجع تقرير المفوض رومير بالمضى السابق فى تلك القضية . وراجع أيضاً حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر فى ٣٠ مارس سنة ١٩١٦ فى قضية «Gaz de Bordeaux» المجموعة ص ١٢٦ . وقد جاء فى تقرير المفوض «Chardenet» المقدم فى تلك القضية قوله :

«Le juge administratif excédernie sa compétence en annulant la décision prononçant la résiliation».

(٢) مطول جيز فى العقود ، الجزء الأول ، ص ٢٥٦ . ومطول دى لوبادير فى العقود ، الجزء الثالث ، ص ٢٤٥ .

الفصل الثالث

نهاية عقود التوريد

المبحث الأول

النهاية الطبيعية لعقود التوريد

١ - تنقضى عقود التوريد الفورية بتسليم البضائع المتفق عليها، وتنتهى عقود التوريد الزمنية بانقضاء المدة المقررة للتوريد . ولا جديد فى هذا الخصوص الا فيما يتعلق بالنظام القانونى المقرر لاستلام انبضائع الموردة وما يترتب على قبول البضائع الموردة أو رفضها من آثار .

٢ - وهنا أيضا يوجد نوعان من الاستلام : المؤقت والنهائى . ولكن ليس للتفرقة بين النوعين فى حالة عقود التوريد ، تلك الأهمية التى لمسناها فى نطاق عقود الأشغال . وأحيانا يندمج نوعا الاستلام ، وذلك متى قبلت الادارة الأصناف مرة واحدة وبصفة نهائية .

٣ - هذا وقد نظمت لائحة المناقصات والمزايدات اجراءات تسليم الأصناف الموردة على أساس التمييز بين الاستلام المؤقت والاستلام النهائى : فنصت المادة ٨٨ من اللائحة الجديدة (والتى تقابل المادة ١٠٠ من اللائحة الملقاة) على أنه « يلتزم المتعهد بتوريد الأصناف المتماقد عليها فى الميعاد أو المواعيد المحددة ، خالصة جميع المصروفات والرسوم ، ومطابقة لأمر التوريد وللخواصات أو العينات المعتمدة ، ويتسلم أمين مخزن الاستقبال ما يورده المتعهد بالعدد أو الوزن أو المقاس بحضور مندوب المتعهد ، ويعطى عنه ايصالا مؤقتا مختوما بخاتم جهة الادارة موضحا به اليوم والساعة

التي تم فيها التوريد ، ويقرر فيه حالة الأصناف من حيث ملامتها وذلك لحين اخطار المتعهد بميعاد اجتماع لجنة الفحص « . »
ولا يترتب على التسليم المؤقت انتقال الملكية وتبعية الهلاك من المورد الى الادارة . كما أن للادارة أن تثبت فساد الأصناف الموردة حتى تمام الاستلام النهائي^(١) .

٤ - وعقب اتمام التسليم المؤقت السابق ، يتعين تحديد موعد لاجتماع لجنة الفحص ، والتي تختص باختيار الأصناف الموردة تمهيدا لاستلامها نهائيا . وقد أوجبت المادة ٨٨ من اللائحة الجديدة على جهة الادارة المتعاقدة ، اخطار المتعهد بميعاد اجتماع لجنة الفحص ليتمكن من حضور اجراءات الفحص والاستلام النهائي « ويجب أن يتم ذلك الاخطار في خلال ثلاثة أيام عمل من تاريخ اليوم التالي لصدور الايصال المؤقت » . هذا وقد فسرت المحكمة الادارية العليا في حكمها الصادر في ٢٠ يونية سنة ١٩٧٠ (س ١٥ ، ص ٤٣٢) أن المادة ١٠٠ من اللائحة الملغاة « . . . لم تقرر حقا للمتعهد في حضور عملية الفحص في ذاتها ، فقد أوضحت المادة ١٣٠ من اللائحة الفرض من هذا الاخطار ، وهو أن يحضر المتعهد - على حسابه - العمال اللازمين لفتح الطرود وتسليمها الى أمين المخزن أو لجنة الفحص بحضوره أو بحضور مندوبه . وأضافت المادة ١٣٣ بالنسبة الى الصفقات الموردة التي تزيد قيمتها على خمسمائة جتية أن يكون أخذ العينات اللازمة بحضور لجنة الفحص والمتعهد أو مندوبه ، ويحتفظ بأحداها رئيس اللجنة بعد ختمها بخاتمه وخاتم المتعهد أو مندوبه ، ويعمل محضر بذلك توقعه لجنة الفحص والمتعهد أو مندوبه ، وترسل العينة للمعمل الكيميائي بعد اعطائها رقما سريا . وحاصل ذلك أن عملية الفحص في حد ذاتها ، منفصلة عن الاجراءات السابقة

(١) حكم المجلس الصادر في ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ في قضية «Sté. des forges»
المسومة في ٩٠٩ ، وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٤١ في قضية «Etabl. Gebel»
المجموعة ص ١٩٠ .

عليها ، ولم تقرر اللائحة حقا للمتهم في حضورها ، بل أوجبت سريتها في حالة زيادة قيمة الصفقة الموردة على خمسمائة جنيه ، بما يؤيد أنا لأصل هو عدم حضور المتهم عملية الفحص في ذاتها » .

٥ - وتسلك لجنة الفحص عادة أحد « بيلين :

الأول : أن تقرر قبول الأصناف لمطابقتها للمواصفات ، وفي هذا الخصوص تقرر الفقرة الأخيرة من المادة ٨٨ من اللائحة الجديدة (والمقابلة للمادة ١٠٠ من اللائحة الملغاة) أن قرار اللجنة بقبول أو رفض الأصناف يعتبر نهائيا « وذلك بمجرد اعتماده من السلطة المختصة بالاعتماد » . ويترتب على قبول الادارة للأصناف الموردة نتائج هامة يمكن اجمالها فيما يلي :

(١) يتحرر المورد من كافة التزاماته ، كما أن الادارة لا تستطيع أن تتسلك قبله بميوب تظهر بعد تاريخ هذا الاستلام النهائي^(١) ، اللهم الا اذا ثبت أن خفاء تلك الميوب وعدم اكتشاف الادارة لها وقت الاستلام النهائي كان يرجع الى غش «fraudes» من جانب المورد^(٢) .

ولم يقطع مجلس الدولة الفرنسي بشكل حاسم فيما يتعلق بحكم الميوب الخفية ، والتي لم يكن من المتيسر اكتشافها عند الاستلام . ورجح الأستاذ دي لوبادير تحميل المورد مسؤولية تلك الميوب استنادا الى أحكام غير مباشرة لمجلس الدولة الفرنسي^(٣) .

ولقد وجدنا تطبيقا طريفا للمحكمة الادارية العليا لهذه الحالة في حكمها الصادر في ٢٠ مارس سنة ١٩٧١ (س ١٦ ، ص ١٧٥)

(١) حكم المجلس الصادر في ١٤ مارس سنة ١٩٢٨ في قضية «Sagot» المجموعة ص ٣٥٨ .

(٢) حكم المجلس الصادر في ١٢ يوليو سنة ١٩٢٩ في قضية «Vesin» مجلة القانون لعام سنة ١٩٣١ - ص ٣٣٢ .

(٣) مطوله في المقود ، الجزء الثالث ، ص ٢٦٤ ، والحكم الذي استند اليه هو حكم المجلس الصادر في ١٢ يوليو سنة ١٩٢٩ في قضية «Vesin» مجلة القانون العام سنة ١٩٣١ ص ٣٣٢ .

فى قضية تتلخص ظروفها فيما يلى : تعاقدت الادارة على توريد ورق « ستندل » طبقا لعينة محددة ، قدمها المورد وقبلتها الادارة بعد الفحص . وبعد أن تم التوريد وبدأ الاستعمال ، وجدت الادارة أن الصنف المورد لا يطبع الكميات الكافية ، وأن الورق يتمزق بالاستعمال ، فاقفقت دفع باقى الثمن وطالبت المتعهد بأن يورد صنفًا أجود . ولما طرح النزاع أمام مجلس الدولة المصرى ، رفضت كل من محكمة القضاء الادارى ، والمحكمة الادارية العليا اعتبار ما اكتشفته الادارة عيبًا خفيًا . وبعد أن استعرضت المحكمة الادارية العليا حكم المادة ٤٤٧ من القانون المدنى والخاصة بضمان الميوب الخفية ، وأحكام المواد ١٠٠ و ١٢٩ و ١٣١ من لائحة المناقصات والمزايدات المرفقة قالت : « ان لائحة المناقصات تضمنت تنظيمًا كاملاً لفحص الأصناف المشتراة ، طبقاً لعقود التوريد ، من شأنه أن تتمكن جهة الادارة من التحقق من مطابقة المبيع لشروط العقد ومواصفاته ، والوفاء بالفرض المقصود منه ، ولها على ضوء ما تجرى من تجارب وفحص أن تقرر ، اما قبول الصنف أو رفضه بناءً على ما تقررره لجنة الفحص ، واعتماد المصلحة لقرارها . ويكون القرار الصادر فى هذا الشأن نهائياً ، أى يكون ملزماً لطرفى العقد . ومن حيث أنه يبين من هذا التنظيم المتكامل الذى نصت عليه لائحة المناقصات أن المشرع أوجب على الجهة الادارية أن تفحص الأصناف الموردة بعناية أشد من عناية الرجل المادى ، ومن حيث أن المطمون ضده قد بصر الجهة الادارية بوجود أكثر من صنف من الأوراق ، وأحاطها علماً بسم كل نوع منها ، فاختارت أقلها مهراً ، ومفروض أن تقنع الجهة الادارية بالنتائج التى يحققها هذا الصنف التى تتناسب مع «مره » .

وقد أقرت المحكمة الادارية العليا مبادئ مماثلة فى حالة بيع الادارة لمنقولات بالمزاد^(١) .

(١) حكمها الصادر فى ١١ أبريل سنة ١٩٧٠ (س ١٥ ، ص ٢٦٤) وفيه تقرر المحكمة :

وإذا كانت عقود التوريد لا يتضمنها حكم عام بضمان المورد للأصناف خلال مدة معينة - كما هو الشأن فيما يتعلق بعقود الأشغال العامة - فإن الإدارة حرة في أن تضمن عقدها مثل هذا الحكم السابق ، فيلتزم المورد بضمان البضائع الموردة خلال المدة المنصوص عليها في العقد *.

(ب) تنتقل ملكية البضائع من المورد الى الإدارة : ويترتب على انتقال الملكية انتقال تبعة الهلاك كما رأينا في عقود الأشغال العامة . الا اذا نص على غير ذلك في العقد ، لاسيما في الفترة الواقعة بين الامتلاك المؤقت والامتلاك النهائي *.

(ج) حق المورد في الحصول على الثمن أو على ما بقي منه : وفي هذا الخصوص تقرر المادة ٩١ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة (والتي تقابل المادة ١٠٤ من اللائحة الملغاة) : « يصرف ثمن الأصناف الموردة في خلال خمسة عشر يوم عمل على الأكثر ، تحسب من تاريخ اليوم التالي لاتمام اجراءات التحليل الكيماوي أو الفحص الفني » وإذا تأخرت الإدارة في أداء المبالغ المستحقة للمورد ، فإن

(أ) وفقا للمادة ١٤٨ من القانون المدني ، ينبغي تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه ، ومتى كان الثابت أن الأصناف المباعة قد حددت مواصفاتها ومقاييرها في العقد ... فإن الإدارة تسأل عن كل نقص في مقاييرها بحسب ما يقضى به العرف الجاري عليه العمل في المعاملات *.

(ب) على الإدارة قبل أن تطرح أصنافا للبيع أن تتبع اجراءات ادارية معينة للتأكد من عدم الحاجة إليها ... بحيث لا يستتاع بعد أن يجسرى الزاد ، ويخطر المتزايدون بقبول عطاءاتهم ، ويتم التعاقد ... التذرع في مقام التنصل من التعاقد الذي تم في شأن بيع هذه الأصناف كلها أو بعضها ، بأن هذه الاجراءات وبعضها لم يتبع قبل اجراء الزاد أو أن الجهة الادارية قد تبينت بعد اتمام التعاقد أنها بحاجة الى كل أو بعض الأصناف التي جرى بيعها ، وهذا المبدأ محل نظر لأن للإدارة - وفقا للصالح العام - أن تعدل عن إبرام العقد كما أوضحنا فيما سلف ، على أن تعوض المتعاقد على التفصيل السابق ، لأن الأمر ليس بمراقبة الإدارة على خطئها ، ولكن بتحقيق الصالح العام رغم خطأ الإدارة *.

(ج) ان اصطلاح « تحت الميز والزيادة » لا يعني أكثر مما جاء في المادة ١٥٠ فقرة رابعة من لائحة المناقصات والمزايدات من أن التسليم الفعلي قد يترتب عليه بعض النقص أو الزيادة المسموح بهما في العرف ولا تجيز هذه العبارة للإدارة بحال من الأحوال أن تنتقص من كميات الأصناف المباعة عن عمد واختيار * .

(م ٥٣ - العقود الادارية)

مجلس الدولة الفرنى يحكم عليها بفوائد تأخير عن تلك المبالغ من وقت المطالبة بها بعد اتمام التسليم النهائي^(١) . وهو المعنى المستمد من قضاء المحكمة الادارية العليا الذى سبقت الاشارة اليه .

الثانى : أن تقرر الادارة رفض قبول الأصناف (Rebut) ولا يكون ذلك الا فى حالة عدم مطابقة الأصناف الموردة للمواصفات بما يجعلها غير صالحة للفرض الذى تريدها الادارة من أجله . وهنا أيضا تقرر المادة ٩٠ من لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة أنه اذا رفضت لجنة الفحص صنفا أو أكثر من الأصناف الموردة أو وجد فيها نقص أو مخالفة للمواصفات أو العيّنات المعتمدة ، يخطر المتعهد بذلك كتابة بالبريد الرسمى عليه بعلم الوصول بأسباب الرفض ، وبوجوب سحب الأصناف المرفوضة ، وتوريد بدلها . ويجب أن يتم ذلك الاخطار فور صدور قرار اللجنة فى ذات اليوم أو اليوم التالى على الأكثر ، ويلتزم المتعهد بسحب الأصناف المرفوضة خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ اليوم التالى لاخطاره . فاذا تأخر فى سحبها فيكون لجهة الادارة الحق فى تحصيل مصروفات تخزين بواقع ٢٪ من قيمة الأصناف عن كل أسبوع تأخير أو جزء منه ولدة أقصاها أربعة أسابيع . وبعد انتهاء هذه المدة يكون لجهة الادارة الحق فى أن تتخذ اجراءات بيعها فورا ، وأن تخصم من الثمن ما يكون مستحقا لها ، ويكون البيع وفقا لأحكام لائحة المناقصات والمزايدات .

ويترتب على رفض الادارة للبضائع الموردة نتائج أهمها :

(أ) التزام المورد بسحب الأصناف المرفوضة : والا تعرض لدفع مصروفات تخزين على النحو المقرر فى المادة ٩٠ والتي أوردناها فيما سبق ، بل وقد يتعرض لبيع الأصناف المرفوضة على حسابه كما هو مقرر فى ذات المادة .

(ب) بقاء التزام المورد بتوريد ما يحل محل الأصناف المرفوضة .

(١) حكم المجلس الصادر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٤ فى قضية جموعة «Hayons Actual-juz» سنة ١٩٥٥ ، القسم الثانى ، ص ٧٧ .

(ج) تعرض المورد في حالة التأخير لتحمل الجزاءات المنصوص عليها في المادة ٩٢ من اللائحة الجديدة (والتي تقابل المادة ١٠٥ من اللائحة الملغاة) والتي سبق أن ذكرنا نصها .

٦ - ورفض الأصناف الموردة أو استلامها هما الاحتمالان الغالبان كما ذكرنا - ولكن يجوز أن تسلك الإدارة موقفا وسطا يتمثل في الحلين التاليين :

أولا : تأجيل استلام البضائع ، مع دعوة المورد الى أن يدخل عليها من الإصلاح ما يجعلها مطابقة للمواصفات التي تريدها الإدارة . وهذه الحالة مجرد تطبيق للقواعد العامة . ومن ثم يجوز التجاء الإدارة اليها دون حاجة الى نص .

ثانيا : وقد ترى الإدارة قبول الأصناف الموردة على خلاف الشروط ولكن مع تخفيض السعر بنسبة معينة مما يطلق عليه بالفرنسية اصطلاح (Réfaction) ولا يكون ذلك الا اذا كانت مخالفة الأصناف للمواصفات بدرجة لا تحول دون صلاحية البضائع للأغراض المعدة لها . وقد نظمت المادة ١٠١ من اللائحة الجديدة (المادة ١٣٧ من اللائحة الملغاة) هذه الحالة كما يلي :

أولا : أوجبت اللائحة - كأصل عام - على جهة الإدارة المتعاقدة ان تأخذ بنتيجة التحليل أو الفحص الفني الذي تجريه الجهات المختصة . فاذا قطعت تلك النتائج بعدم مطابقة الأصناف الموردة للمواصفات ، تمين على جهة الإدارة المتعاقدة رفض الأصناف .

ثانيا : ولكن اللائحة ، أجازت على سبيل الاستثناء ، قبول الأصناف غير المطابقة للمواصفات ، بشروط حددها :

(أ) اذا كانت نسبة النقص أو المخالفة في الأصناف لا تزيد على ٢٠٪^(١) عما هو مطلوب بالمواصفات المتعاقدة على أساسها وبشرط أن تكون الحاجة ماسة لقبول الصنف أو الأصناف رغم ما بها من نقص أو مخالفة ، وأن يكون السعر بعد الخفض متناسبا لمثيله في السوق .

(١) كانت النسبة في اللائحة الملغاة ١٠٪

وقد أضافت المادة ١٠١ من اللائحة الجديدة ، الى هذا المبدأ العام شروطا تكميلية يضمن مراعاتها وهى :

١ - يجب أن تقرر لجنة الفحص صلاحية الأصناف المرفوضة للأغراض المطلوبة من أجلها ، وأنه لن يترتب على قبولها ضرر بالجملة ، كما تحدد اللجنة مقدار الخفض فى الثمن المقابل للنقص أو المخالفة .

٢ - الأصناف التى تكون نسبة النقص فى مواصفاتها لنفاية ٣٪ يكون قبولها بخصم مقدار الخفض فى الثمن الذى قدرته اللجنة .

٣ - الأصناف التى تكون نسبة النقص فى مواصفاتها أكثر من ٣٪ لنفاية ١٠٪ يكون قبولها بخصم مقدار الخفض فى الثمن الذى قدرته اللجنة مضافا إليها غرامة مقدارها ٥٠٪ من هذا المقدار .

٤ - الأصناف التى تكون نسبة النقص فى مواصفاتها أكثر من ١٠٪ لنفاية ٢٠٪ يكون قبولها بخصم مقدار الخفض فى الثمن الذى قدرته اللجنة مضافا اليه غرامة مقدارها ١٠٠٪ من هذا المقدار .

٥ - فى جميع الحالات يكون القبول بموافقة لجنة البت وسلطة الاعتماد وبشرط أن يقبل المورد كتابة هذا الخصم ، والا فيرفض الصنف وتطبق أحكام المناقصات والمزايدات .

وواضح من العرض السابق أن التنظيم الذى أورده المادة ١٠١ الجديدة هو تنظيم ملزم للإدارة لا تستطيع التحلل منه .

٧ - وقرارات الإدارة فى خصوص الاحتمالات السابقة ، تخضع لرقابة القضاء الإدارى ، الذى يملك دائما الحق فى إلغاء القرارات الإدارية التى يثبت عدم مشروعيتها ، كما أنه يستطيع أن يحكم على الإدارة بالتعويضات اللازمة لمواجهة الأضرار التى تترتب على قراراتها غير المشروعة أو التمسفية . ونجد تطبيقا لهذه الحالة فى حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١٧ يونية سنة ١٩٦٧ (من ١٢ ، ص ١٢٠٠) وتدور وقائع النزاع حول عقد توريد معاطف صوف لجهة إدارية ، أثبت الفحص وجود مخالفات فى المواصفات

بالنسبة الى الصنف المورد نتيجة لانخفاض نسبة الصوف فيه . قبلت الادارة البضاعة الموردة بالرغم من ذلك ، مع تخفيض الثمن ، ولم تر فسخ العقد ، ولكنها أصدرت قرار بشطب المتعاقد من قائمة الموردين للتلاعب في الصنف المورد . ولكن كلا من محكمة القضاء الادارى والمحكمة الادارية العليا رفضت اقرار الادارة على الشطب ، وجاء في حكم المحكمة الادارية العليا المشار اليه قولها بهذا الصدد : « ان مجرد مخالفة المواصفات المتفق عليها لا يشكل غشا أو تلاعبا يدعو الى شطب اسم المتعهد من قائمة المتعاملين مع الادارة ، اذ يلزم حتى ترقى مخالفة المواصفات الى مرتبة الغش أن يشتر علم المتعهد بهذه المخالفة بما ينطوى عليه هذا العلم من الخداع من جانب المدعى فى حقيقة الشيء المسلم من حيث نوعه أو طبيعته أو صفاته الجوهرية التى جرى التعاقد عليها ، ففى هذه الحالة يتوافر سوء القصد الدال على استعمال الغش المبرر للشطب . كذلك فان مجرد مخالفة المواصفات فى الكمية القليلة التى قام المدعى بتسليمها الى العمال فى محله ، وفى الظروف التى تم فيها هذا التسليم ، لا يعد تلاعبا ؛ ذلك أن التلاعب الذى يجاوز الاهمال ، ولا يرقى الى مرتبة الغش ، والذى يتمذر حصر مختلف أساليبه ، وحتى صورته ، يفترض اتيان المتعهد أعمالا تتم عن عدم التزام المتعهد بالمادة فى تنفيذ التزاماته ، ومحاولة ايجاد الثغرات للتحلل منها ، ابتغاء الحصول على منفعة غير مشروعة على حساب المصلحة العامة التى يستهدفها المقعد الادارى » .

المبحث الثانى

النهاية المبصرة لعقود التوريد

١ - وهنا أيضا تطبق القواعد العامة التى تسرى على سائر العقود فيما يتعلق بالفسخ . ومن ثم فان عقود التوريد تنتهى نهاية مبصرة بالطرق الآتية :

أولا : فسخ العقد بالتراخى بين الادارة والمورد ، وحينئذ يترك لهذا الاتفاق تنظيم الآثار التى يولدها ذلك الفسخ ، ويقتصر دور القاضى على تطبيق شروط الاتفاق فى حالة النزاع بين الطرفين .

ثانيا : انقضاء العقد بقوة القانون ، اذا تحققت ظروف معينة تؤدي الى تلك النتيجة ، وأوضح صورها هلاك محل العقد .

ثالثا : الفسخ بحكم القضاء ، بناء على طلب المورد في الحالات المعروفة وهي :

- (أ) وجود المورد في حالة قوة قاهرة تحول بينه وبين التنفيذ .
- (ب) مخالفة الادارة لالتزاماتها التعاقدية مخالفة جسيمة لا يجدى التعويض في مواجهتها .
- (ج) اذا عدلت الادارة في التزامات المورد تعديلات جسيمة على النحو المعروف .

رابعا : انتهاء عقد التوريد بقرار من جانب الادارة وذلك :

- (أ) اما خطأ المورد ، لارتكابه عملا من الأعمال التي يترتب المشرع لها جزاء الفسخ ، اما بصورة اختيارية أو وجوبية على النحو الذى أوضحناه فيما سبق .
- (ب) واما بدون خطأ ، ووفقا لمقتضيات الصالح العام .

خامسا : وقد تصدر تشريعات خاصة بتنظيم كيفية انتهاء بعض عقود التوريد لمواجهة حالات معينة كانتهم الحرب مثلا . وحينئذ يتعين اعمال النصوص التي ترد في تلك الاتفاقات .

٢ - ويترتب على فسخ عقود التوريد في جميع تلك الحالات انقضاء العقد ، وبالتالي تحرر الملتزم والادارة من التزاماتها بمقتضى العقد .

ولكن يجب التفرقة بين حالات الانقضاء السابقة ، لمعرفة ما اذا كان مرجعها الى خطأ من جانب المورد ، وحينئذ لا حق له في المطالبة بتعويض عن فسخ عقده ، أو كان سببها مستقلا عن خطأ المورد ، وحينئذ يتعين تعويض المتماقد عما يلحقه من خسارة ، وما يفوته من كسب ، من جراء انتهاء عقده قبل الأوان ، وعلى التفصيل السابق .

ملحق

يشمل :

- أولا : القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة ،
والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ •
- ثانيا : القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم المناقصات والمزايدات •
- ثالثا : قرار وزير المالية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ بإصدار اللائحة
التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم المناقصات
والمزايدات •
- رابعا : المشروع التمهيدي لتقنين الأحكام الخاصة بمقود الادارة •

أولا - القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧

ورقم ٦١ لسنة ١٩٥٨

١ - القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالالتزام المرافق العامة

مادة ١ - « لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد على ثلاثين سنة » .

مادة ٢ - « يكون لمانح الالتزام الحق في إعادة النظر في قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية على الأسس التي تحدد في وثيقة الالتزام » .

مادة ٣ - « لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية في صافي أرباح استغلال المرفق العام عشرة في المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانهج الالتزام وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال » .

وما زاد على ذلك من صافي الأرباح يستخدم أولا في تكوين احتياطي خاص للسنوات التي تقل فيها الأرباح عن ١٠٪ وتقف زيادة هذا الاحتياطي متى بلغ ما يوازي ١٠٪ مع رأس المال .

ويستخدم ما يبقى مع هذا الزائد في تحسين وتوسيع المرفق العام أو في خفض الأسعار حسبما يرى مانح الالتزام .

مادة ٤ - « يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته » .

مادة ٥ - « لمانح الالتزام دائما متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله ، وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به ، وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التمويل ان كان له محل » .

مادة ٦ - « إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ، ولا يد
للمانع الالتزام أو الملتزم فيها وأفضت الى الاخلال بالتوازن المالى
للاللتزام أو الى تعديل كيانة الاقتصادى كما كان مقدارا وقت منح
الالتزام جاز لمانع الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار ، واذا اقتضى
الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله ، وذلك
لتمكين الملتزم من أن يستمر فى استغلاله أو لحفض الأرباح الباهظة
الى القدر المقبول » .

مادة ٧^(١) - « لمانع الالتزام أن يراقب انشاء المرفق العام
موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والادارية والمالية » .

وله فى سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه فى مختلف الفروع
والادارات التى ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق ، ويختص هؤلاء
المندوبون بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك لمانع الالتزام » .

ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية ، بناء على اقتراح الوزير
مانع الالتزام أو المشرف على الجهة مانعة الالتزام أن يعهد الى ديوان
المحاسبة (الجهاز المركزى للمحاسبات) بمراقبة انشاء المرفق وسيره
من الناحية المالية أو أن يعهد بالرقابة الفنية والادارية عليه الى أية
هيئة عامة أو خاصة » .

كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين
موظفى وزارته أو غيرها مع الوزارات والهيئات العامة لتولى أمر من
أمور الرقابة على التزامات المرافق العامة » .

وفى هذه الحالة يتولى ديوان المحاسبة (الجهاز المركزى
للمحاسبات) أو الهيئة المكلفة بالرقابة دراسة النواحي التى نيط بها
رقابتها ، وتقديم تقرير بذلك الى كل من الوزير المختص والجهة
مانعة الالتزام » . وعلى الملتزم أن يقدم الى مندوبى الجهات التى تتولى

(١) مدلة بمقتضى القانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ ثم بالقانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨ .

الرقابة وفقا للأحكام السابقة ، كل ما قد يطلبوه من أوراق أو معلومات أو بيانات أو احصاءات ، كل ذلك دون الاخلال بحق مانع الالتزام فى فحص الحسابات والتفتيش على ادارة المرفق فى أى وقت » .

مادة ٨ - « تسرى أحكام هذا القانون من وقت صدوره على الالتزامات السابقة مع احترام المدد المتفق عليها بشرط الا تزيد على ثلاثين سنة من تاريخ العمل به ، وذلك مع عدم الاخلال بأحكام أى اتفاق صدر بقانون سابق على هذا القانون » .

مادة ٨ مكرر^(١) - « لا يجوز الحجز ولا اتخاذ اجراءات تنفيذ أخرى على المنشآت والأدوات والآلات والمهمات المخصصة لادارة المرافق العامة » .

مادة ٩ - على الوزراء . . .

٢ - القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨

مادة ١ - « يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، وكذلك أى تعديل فى شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الاتاة (المائدات) بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة «مجلس الأمة» . ويكون تعديل ما عدا ذلك بقرار من الوزير المختص » .

على أنه بالنسبة الى موارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيور التابعة لوزارة الحربية يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمارها وتعديل شروطها بقرار من وزير الحربية اذا لم تتجاوز مدة الامتياز خمس سنوات » . (أضيفت الفقرة الأخيرة بمقتضى القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٦٠) .

(١) مضافة بمقتضى القانون رقم ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥ .

**ثانيا - القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣
باصدار قانون تنظيم المناقصات والمزيادات**

رئيس الجمهورية

باسم الشعب

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه ، وقد أصدرناه :

(المادة الأولى)

تسرى أحكام القانون المرافق على جميع الوزارات والمصالح
وحدات الادارة المحلية والهيئات العامة، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص
خاص فى القوانين أو القرارات الخاصة بانشائها .

(المادة الثانية)

تحدد اللائحة التنفيذية المقصود بعبارة السلطة المختصة فى تطبيق
أحكام هذا القانون . والى أن تصدر هذه اللائحة يتولى الوزير أو
المحافظ أو رئيس مجلس الادارة كل فى حدود اختصاصه تحديد
المقصودة بعبارة السلطة المختصة .

(المادة الثالثة)

يلغى القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات والمزيادات
والقوانين المعدلة له ، كما يلغى كل حكم يتعارض مع أحكام هذا
القانون .

(المادة الرابعة)

يصدر وزير المالية خلال ثلاثة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون
اللائحة التنفيذية له ، والى أن يتم اصدار هذه اللائحة يستمر
العمل باللوائح والقرارات المعمول بها حاليا فيما لا يتعارض مع
أحكام هذا القانون .

(المادة الخامسة)

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ، ويعمل به بعد ثلاثين يوما من تاريخ نشره .

يبصم هذا القانون بخاتم الدولة ، وينفذ كقانون من قوانينها .
صدر برئاسة الجمهورية فى ٧ جمادى الأولى سنة ١٤٠٣
(٢٠ فبراير سنة ١٩٨٣) .

حسنى مبارك

قانون تنظيم المناقصات والمزايدات

الباب الأول

فى شراء المنقولات وتقديم الخدمات واجراءات المقاولات

مادة ١ - يكون التعاقد على شراء المنقولات وتقديم الخدمات ومقاولات الأعمال ومقاولات النقل عن طريق مناقصات عامة يعلن عنها .

ويجوز استثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة التعاقد باحدى الطرق الآتية :

- (أ) المناقصة المحددة
- (ب) المناقصة المحلية
- (ج) الممارسة
- (د) الاتفاق المباشر

مادة ٢ - تخضع المناقصة العامة لمبادئ العلانية والمساواة وحرية المنافسة ، وهى أما داخلية يعلن عنها فى جمهورية مصر العربية أو خارجية يعلن عنها فى مصر والخارج .

مادة ٣ - يكون التعاقد بطريق المناقصة المحددة فى الحالات التى تتطلب بحسب طبيعتها قصر الاشتراك فيها على موردين أو مقاولين معينين سواء فى داخل مصر أو فى خارجها على أن تكون قد ثبتت كفايتهم فى النواحي الفنية والمالية وأن تتوافر بشأنهم شروط السمعة .

مادة ٤ - يكون التعاقد بطريق المناقصة المحلية فيما لا تزيد قيمته على ٤٠٠٠٠ جنيه (أربعون ألف جنيه) ويقصر الاشتراك فيها

على الموردين والمقاولين المحليين الذين تقرر الجهة الادارية المختصة التعامل معهم .

مادة ٥ - يكون التعاقد عن طريق الممارسة فى الأحوال الآتية :

- ١ - الأشياء المحتكر صنعها أو استيرادها .
- ٢ - الأشياء التى لا توجد الا لدى شخص بذاته .
- ٣ - الأشياء التى لا يمكن تحديدها بمواصفات دقيقة .
- ٤ - الأعمال الاستشارية أو الفنية التى تتطلب بحسب طبيعتها اجراءها بمعرفة فنيين أو أخصائيين أو خبراء معينين .
- ٥ - الحيوانات والطيور ومقاولات الأعمال ومقاولات النقل وتقديم الخدمات التى تتصف بالاستعمال أو الفرض المرغوب الحصول عليها من أجله أن يكون اختيارها وشرائها من أماكن انتاجها ، أو التى تقتضى المصلحة العامة أن تتم بطريقة سرية أو التى لم تقدم عنها أية عطاءات فى المناقصات أو قدمت عنها عطاءات بأسعار تزيد على أسعار السوق وكانت الجهة الطالبة فى حاجة عاجلة لا تسمح باعادة طرحها فى المناقصة .

مادة ٦ - تتولى اجراءات الممارسة لجنة تشكل بقرار من السلطة المختصة من عناصر فنية ومالية وقانونية حسب أهمية وطبيعة التعاقد ويشترك فى عضويتها مندوب عن وزارة المالية اذا جاوزت القيمة عشرين ألف جنيه وعضو من مجلس الدولة اذا جاوزت القيمة مائة ألف جنيه .

ويكون تشكيل لجنة الممارسة فى حالة اجراء الممارسة فى خارج الجمهورية بقرار من السلطة المختصة على أن يشترك فى عضوية هذه اللجنة مندوب عن وزارة المالية اذا جاوزت القيمة مائة ألف جنيه وعضو من مجلس الدولة اذا جاوزت القيمة مائتى ألف جنيه . ولا يكون انعقاد لجنة الممارسة صحيحا فى الحالتين السابقتين

الا بحضور مندوب عن وزارة المالية أو مندوب عن وزارة المالية
عضو من مجلس الدولة حسب الأحوال .

ويجوز للسلطة المختصة تفويض اللجنة المذكورة بالتعاقد مباشرة
ان وجدت مبررا لذلك .

ويجب في جميع الحالات أن يكون قرار لجنة الممارسة مسببا .
وتسرى على الممارسة الأحكام الخاصة بالمناقصات فيما لم يرد
بشأنه نص خاص بها في هذا القانون .

مادة ٧ - يجوز في الحالات العاجلة التي لا تحتمل اجراءات
المناقصة وبناء على ترخيص من السلطة المختصة التعاقد بطريق
الاتفاق المباشر فيما لا تزيد قيمته على ٢٠٠٠ جنيه (ألفي جنيه)
بالنسبة للمشتريات العادية والخدمات ومقاولات النقل و ٤٠٠٠ جنيه
(أربعة آلاف جنيه) بالنسبة لمقاولات الأعمال كما يجوز التعاقد
بهذا الطريق لشراء أصناف محتكرة من شركات في الخارج ليس
لها وكلام في مصر فيما لا تزيد قيمته على ٨٠٠٠ جنيه (ثمانية
آلاف جنيه) .

مادة ٨ - يجوز لوزارة الدفاع في حالات الضرورة التعاقد
بمناقصات محلية أو بالاتفاق المباشر أو الممارسة وفقا لأحكام
القانون رقم ٢٠٤ لسنة ١٩٥٧ بشأن اعفاء عقود التسليح من
الضرائب والرسوم والقواعد المالية .

كما يجوز لوزير التموين في مثل تلك الظروف شراء مواد التموين
اللازمة لحاجة البلاد أو نقلها بمناقصات محلية أو بالاتفاق المباشر ،
وذلك بموافقة رئيس مجلس الوزراء في كل حالة وطبقا لما يقرره
من شروط وذلك مع عدم الاخلال بالقواعد المعمول بها بالنسبة
للهيئة العامة للسلع التموينية .

مادة ٩ - يكون التعاقد في حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية
للأنشطة المقررة .

ويجوز ابرام عقود التوريدات والخدمات الدورية لمدة تتجاوز السنة المالية بشرط ألا يترتب عليها زيادة الالتزامات في احدى السنوات المالية التالية عما هو مقرر في السنة التي يتم فيها التعاقد .

ويكون التعاقد بالنسبة للمشروعات الاستثمارية المدرجة بالخطة في حدود التكاليف الكلية المعتمدة ، وعلى أن يكون الصرف في حدود الاعتمادات المالية المقررة .

مادة ١٠ - يجب أن يكون التعاقد على أساس مواصفات فنية دقيقة ومفصلة ، ويجوز طلب تقديم عينات مع المقاطعات ، كما يجوز التعاقد على أساس عينات نموذجية ، وفي مقاولات الأعمال يكون التعاقد على أساس رسومات فنية تعد لذلك .

مادة ١١ - يكون التعاقد على شراء الأصناف التي تستورد من الخارج وفقا لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية ومراعاة القرارات المنظمة للاستيراد .

مادة ١٢ - يكون اثبت في المناقصات بأنواعها عن طريق لجنتين تقوم احدهما بفتح المظاريف والأخرى بالبت في المناقصة .
على أنه بالنسبة للمناقصات التي تقل قيمتها عن ٥٠٠٠ جنيه (خمسة آلاف جنيه) فتكون فتح مظاريفها والبت فيها عن طريق لجنة واحدة .

مادة ١٣ - يصدر بتشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت قرار من السلطة المختصة على أن يراعى في تشكيلها أهمية قيمة التعاقد ، على أن تضم تلك اللجان عناصر فنية ومالية وقانونية .

ويجب أن تمثل وزارة المالية بمن تنبيه في لجان البت اذا زادت القيمة التقديرية للمناقصات على خمسين ألف جنيه ، وأن يشترك في عضويتها عضو من ادارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة متى زادت القيمة على ثلاثمائة ألف جنيه .

ويكون انعقاد لجنة البت صحيحا الا بحضور مندوب عن وزارة المالية ، أو مندوب عن وزارة المالية وعضو من ادارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة حسب الأحوال .

مادة ١٤ - يجوز للجان البت أن تمهد الى لجان فرعية تشكلها من بين أعضائها بدراسة النواحي المالية والفنية في المعطيات المقدمة ومدى مطابقتها للشروط المعلنة ، كما يجوز أن يمهد الى تلك اللجان بالتحقق من توافر شروط الكفاية المالية والمقدرة الفنية وحسن السمعة لدى مقدمى المعطيات ، وللجنة البت أن تضم الى عضوية تلك اللجان من ترى الاستعانة برأيهم من أهل الخبرة .

وتقدم اللجان الفرعية تقريراً بنتيجة أبحاثها وتوصياتها الى لجنة البت ، وللجنة البت عدم الأخذ بهذه التوصيات بقرار مسبب تصدره .

مادة ١٥ - تمسك كل جهة ادارية سجلات لقيد أسماء الموردين والمقاولين سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين والبيانات الكافية عنهم كما تمسك كل جهة سجلات لقيد أسماء المنوعين من التعامل سواء بنص قانونى أو بالقرارات الادارية التي تتولى نشرها وزارة المالية فى الحالات المنصوص عنها بالمادة ٢٧ من هذا القانون ويعظر التعامل مع المقيدين فى هذا السجل .

مادة ١٦ - لا يجوز بعد فتح المظاريف الدخول فى مفاوضات مع أحد مقدمى المعطيات فى شأن تعديل عطائه ، ومع ذلك يجوز للجنة البت مفاوضة مقدم المعطاء الأقل المقترن بتحفظ أو تحفظات للنزول عن كل تحفظاته أو بعضها بما يجمل عطائه متفقاً مع شروط المناقصة بقدر الامكان كما يجوز للجنة مفاوضة صاحب المعطاء الأقل غير المقترن بتحفظات للنزول بسمه الى مستوى أسعار السوق .

وتجرى المفاوضة فى الحالتين المشار اليهما بقرار من السلطة المختصة .

مادة ١٧ - تلغى المناقصة بمد النشر عنها أو الدعوة إليها وقبل البت فيها بقرار من السلطة المختصة إذا استغنى عنها نهائيا أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، كما يجوز إلغاء المناقصة في الحالات الآتية :

(أ) إذا تقدم عطاء وحيد أو لم يبق بمد العطاءات المستبعدة الا عطاء واحد •

(ب) إذا اقترنت العطاءات كلها أو أكثرها بتعفظات •

(ج) إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد على القيمة السوقية •

ويكون الإلغاء في هذه الحالات بقرار من السلطة المختصة بناء على توصية لجنة البت ، ويجب في جميع الحالات أن يكون قرار إلغاء المناقصة مسببا •

مادة ١٨ - يجب إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطا والأقل سعرا •

ويعتبر العطاء المقدم عن توريدات من الانتاج المحلي أو عن أعمال أو خدمات تقوم بها جهات مصرية أقل سعرا إذا لم تتجاوز الزيادة فيه ١٥٪ من قيمة أقل عطاء أجنبي ، ولا يجوز الخروج على حكم هذه الفقرة الا في حالات الضرورة القصوى التي تقتضيها المصلحة العامة وبموافقة وزير المالية •

وإذا تم استبعاد عطاء أو أكثر من بين العطاءات المقدمة وجب أن يكون قرار الاستبعاد مسببا •

مادة ١٩ - يجب أن يقدم مع كل عطاء تأمين مؤقت لا يقل عن ١٪ من مجموع قيمة العطاء في مقاولات الأعمال ولا يقل عن ٢٪ من قيمة العطاء فيما عدا ذلك •

مادة ٢٠ - على بائع العطاء المقبول أن يودع في فترة لا تتجاوز عشرة أيام تبدأ من تاريخ اليوم التالي لاختطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بقبول عطائه ما يكمل التأمين المؤقت الى ما يساوى ٥٪

من قيمة مقاولات الأعمال التى رست عليه و ١٠٪ من قيمة المقود الأخرى ، وبالنسبة للمقود التى تبرم مع متماقد فى الخارج يكون ايداع هذا التأمين فى فترة لا تجاوز عشرين يوما * ويجوز بموافقة السلطة المختصة مد المهلة المحددة لايداع التأمين النهائى بما لا يجاوز عشرة أيام * ويكون التأمين النهائى ضامنا لتنفيذ العقد *

مادة ٢١ - تعفى من التأمين المؤقت والنهائى الهيئات العامة وشركات القطاع العام والجمعيات ذات النفع العام والجمعيات التعاونية المشهرة وفقا للقانون ، وذلك عن العروض الداخلة فى نشاطها وبشرط تنفيذها للعملية بنفسها ويجوز عند الضرورة للسلطة المختصة بعد موافقة لجنة البت اعفاء الشركات المحتكرة من ايداع التأمين المؤقت والنهائى اذا طلبت فى عروضها ذلك . ولم تكن قد اشترطت الدفع المقدم . ويجب أن يكون قرار الاعفاء مسببا *

مادة ٢٢ - فيما عدا مقاولات الأعمال ، يجوز بقرار مسيب من السلطة المختصة خفض التأمين النهائى فى الحدود التى تقدرها بحيث لا يزيد الخفض على ٥٠٪ من قيمة التأمين على أن يتضمن الاعلان عن المناقصة قيمة التأمين فى هذه الحالة *

ولا يحصل التأمين النهائى اذا قام صاحب المطاء المقبول بتوريد جميع الأصناف التى رسا عليه توريدها وقبلتها الجهة الادارية المتماقدة نهائيا خلال المدة المحددة لايداع التأمين النهائى *

مادة ٢٣ - تبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون كيفية أداء التأمين المؤقت والنهائى والاجراءات الواجب اتباعها فى هذا الشأن *

مادة ٢٤ - اذا لم يقم صاحب المطاء المقبول بأداء التأمين النهائى الواجب ايداعه فى المدة المحددة له فيجوز للجهة المتماقدة بموجب اخطار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول ودون حاجة لاتخاذ أية اجراءات أخرى أو اللجوء الى القضاء أن تلغى العقد وتصادر

التأمين المؤقت أو أن تنفذه كله أو بعضه على حساب صاحبه بمعرفة الجهة المتعاقدة أو بواسطة أحد مقدمى المطامات التالية لمعطائه أو بالناقصة أو الممارسة أو بالطريق المباشر .

ويكون لها الحق فى أن تخصم من أية مبالغ تكون مستحقة أو تستحق له أيا كان سبب الامتحاق لدى الجهة المتعاقدة أو لدى أية جهة ادارية أخرى كل خسارة تلحقها ، وذلك كله مع عدم الاخلال بحقها فى الرجوع عليه قضائيا بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الادارى .

مادة ٢٥ - يجوز بموافقة السلطة المختصة صرف دفعات مقدمة تحت الحساب مقابل خطاب ضمان معتمد ، وذلك وفقا للشروط والنسب والحدود والأوضاع التى تبينها اللائحة التنفيذية .

مادة ٢٦ - اذا تأخر المتعاقد فى تنفيذ المقد عن الميعاد المحدد له جاز للسلطة المختصة اذا اقتضت المصلحة العامة اعطاء المتعاقد مهلة اضافية لاتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة عن مدة التأخير بالنسب وطبقا للأسس وفى الحدود التى تبينها اللائحة التنفيذية وينص عليها فى المقد بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة ١٥٪ بالنسبة لمقود المقاولات و ٤٪ بالنسبة لمقود التوريد .

وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون حاجة الى تنبيه أو ائذار أو اتخاذ أى اجراءات ادارية أو قضائية أخرى .

ولا يخل توقيع الغرامة بحق جهة الادارة فى مطالبة المتعاقد بتعويض كامل عما أصابها من أضرار نتجت عن تأخيره فى الوفاء بالتزاماته .

مادة ٢٧ - يفسخ المقد ويصادر التأمين النهائى فى الحالات الآتية :

١ - اذا امتعمل المتعاقد الفش أو التلاعب فى معاملته مع الجهة المتعاقدة .

٢ - اذا ثبت أن المتعاقد قد شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر فى رشوة أحد موظفى الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون .

٣ - اذا افلس المتعاقد أو أعسر .

ويشطب اسم المتعاقد فى الحالتين (١) ، (٢) من سجل المتعهدين أو المقاولين وتخطر وزارة المالية بذلك لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية ، ولا يخل فسخ العقد ومصادرة التأمين بحق الجهة الادارية فى الرجوع على المتعاقد بالتعويضات اللازمة .

ويجوز بناء على طلب صاحب الشأن إعادة قيد المتعهد أو المقاول المشطوب اسمه فى سجل المتعهدين أو المقاولين اذا انتفى السبب الذى ترتب عليه شطب الاسم وذلك بصدر حكم نهائى ببراءة المتعاقد مما نسب اليه أو صدر قرار من النيابة العامة بالآ وجه لاقامة الدعوى ضده أو بحفظها اداريا ، على أن يمرض قرار إعادة قيده على وزارة المالية لنشره على كافة الجهات .

مادة ٢٨ - اذا أخل المتعاقد بأى شرط من شروط العقد كان للجهة المتعاقدة الحق فى فسخ العقد أو فى تنفيذه على حسابه .

ويتقرر الفسخ أو تنفيذ العقد على حساب المتعاقد بقرار من السلطة المختصة يعلن للمتعاقد بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه المبين فى العقد .

مادة ٢٩ - يكون للجهة المتعاقدة فى حالة فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد الحق فى مصادرة التأمين النهائى والموصول على جميع ما تستحقه من غرامات مما يكون مستحقا للمتعاقد لديها أو لدى أية جهة ادارية أخرى من مبالغ ، وذلك دون حاجة الى اتخاذ أى اجراءات قضائية .

الباب الثاني

في بيع المنقولات وتاجير المقاصف وغيرها

مادة ٣٠ - يكون تشمين الأصناف المرغوب في بيعها بمعرفة لجنة طريق مزايمة علنية عامة أو محلية أو المظاريف المخلقة . ويجوز عند الضرورة التصرف بالبيع أو الايجار دون مزايمة اذا لم تزد القيمة على ١٠٠٠ جنيه (ألف جنيه) ، وذلك طبقا للقواعد والاجراءات التي تبينها اللائحة التنفيذية .

كما يجوز استثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة التصرف بالبيع أو الايجار عن طريق الممارسة في الحالات الآتية :

- ١ - الأصناف التي يخشى عليها من التلف ببقاء تخزينها .
- ٢ - الأصناف التي لم تقدم عنها أية عروض في المزايدات أو التي لم يصل ثمنها الى الثمن الأساسي .
- ٣ - حالة الاستعجال الطارئة التي لا تحتمل اجراءات المزايدة .

مادة ٣١ - تتولى اجراءات البيع أو التاجير لجان تشكل على النحو المقرر بالنسبة للجان فتح المظاريف والبت في المناقصات العامة أو المحلية وتسرى على البيع والتاجير بالممارسة ذات القواعد والاجراءات المنظمة للشراء بطريق الممارسة ، وذلك كله بما لا يتعارض مع طبيعة البيع أو التاجير .

ويجوز للسلطة المختصة أن تفوض لجنة البيع أو التاجير في المزايدة العلنية العامة والمحلية في التعاقد مباشرة .

مادة ٣٢ - يكون تشمين الأصناف المرغوب في بيعها بمعرفة لجنة تشكل بقرار من السلطة المختصة تضم الخبرات والتخصصات النوعية اللازمة ، ويحدد الثمن الأساسي وفقا للمعايير والضوابط التي تنص عليها اللائحة التنفيذية ، ويكون الثمن الأساسي سريا .

مادة ٣٣ - يكون ارساء المزايدة على مقدم أعلى - مر مستوف للشروط بشرط ألا يقل عن الثمن الأساسى .

مادة ٣٤ - تُلغى المزايدة بعد النشر عنها أو الدعوة اليها وقبل البت فيها اذا استغنى عن البيع أو التأجير نهائيا أو اذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، ويجوز الغاء المزايدة أيضا فى الحالتين الآتيتين :
١ - اذا لم يتقدم فى المزايدة - سوى عرض وحيد مستوف للشروط .

٢ - اذا لم تصل نتيجة المزايدة الى الثمن الأساسى .
ويجب فى جميع الحالات أن يصدر قرار الغاء المزايدة مسببا من السلطة المختصة .
وتنظم اللائحة التنفيذية ما يتبع من اجراءات فى حالة الغاء المزايدة .

البَابُ الثَّالِثُ

فى الأحكام العامة

مادة ٣٥ - لا يجوز إبرام عقد تزيد قيمته على ٥٠٠٠ جنيه دون أخذ رأى الجهة المختصة بمجلس الدولة الا اذا أبرم العقد على أساس شروط أخذ فيها رأى الجهة المذكورة أو أبرم على أساس شروط سبق أن أبرم على أساسها عقد مماثل اذا كانت هذه الشروط فى الحالتين لم يحصل فيها أى تغيير .

مادة ٣٦ - تحظر الوساطة فى التعاقد فيما لا يكون التعامل فيه بالبيع عادة الا للجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون ، ولا يسرى ذلك على المتعاقدين مع تلك الجهات اذا كان مركزه فى الخارج وكان له وكيل معتمد فى مصر .

مادة ٣٧ - يجوز للجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون التعاقد فيما بينها بطريق الاتفاق المباشر ، كما يجوز عند الاقتضاء لأى من هذه الجهات أن تنوب عن بعضها فى مباشرة اجراءات التعاقد فى مهمة معينة ، وفقا للقواعد المعمول بها فى الجهة طالبة التعاقد .

ويحظر التنازل لغير هذه الجهات عن العقود التى تتم فيما بينها .

مادة ٣٨ - يحظر على العاملين بوحدة الجهاز الإدارى للدولة و وحدات الادارة المحلية والهيئات العامة التقدم بطلبات أو عروض لتلك الجهات كما لا يجوز شراء أصناف منهم أو تكليفهم بتنفيذ أعمال . ولا يسرى ذلك على شراء الكتب من تأليفهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال فنية كالرسم والتصوير وما يماثلها أو شراء هذه الأعمال الفنية منهم اذا كانت ذات صلة بالأعمال المصلحية ، وعلى أن يتم الشراء والتكليف فى الحدود ووفقا للقواعد والاجراءات التى تبينها اللائحة التنفيذية .

كما يحظر على العاملين بتلك الجهات الدخول في المزايدات والممارسات بأنواعها الا اذا كانت الأشياء المشتراة لاستعمالهم الخاص وكانت مطروحة للبيع عن طريق جهات غير التي يعملون بها ولا تخضع لاشراف الجهة التي يعملون بها .

مادة ٣٩ - لا يجوز اللجوء الى تجزئة المشتريات أو الأعمال أو الخدمات بقصد التحايل لتفادي الاجرامات أو الضوابط أو الضمانات أو الشروط المقررة بأحكام هذا القانون .

مادة ٤٠ - يجب النص في شروط العطاء على أن تعتبر أحكام اللائحة التنفيذية لهذا القانون جزءا مكملًا لهذه الشروط يخضع لها المقعد .

ثالثا - اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات

القسم الأول الأحكام العامة

مادة ١ : يكون التعاقد فى حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية لسير العمل أو الانتاج على أساس دراسات واقعية وموضوعية تمدها الجهة المختصة مع مراعاة مستويات التخزين ومعدلات الاستهلاك ومقررات الصرف ولا يجوز التعاقد على أشياء يوجد بالمخازن أنواع مماثلة لها و بديلة عنها تفى بالفرض .

ويكون تقرير الاحتياجات الفعلية باعتماد رئيس الجهة الادارية أو من يفوضه .

مادة ٢ : يراعى عند التعاقد تقسيم الأشياء الى مجموعات متجانسة ، وتحقيقا لتكافؤ الفرص يتعين تجنب الإشارة الى النوع أو الوصف أو الرقم الوارد فى قوائم الموردين ، كما لا يجوز ذكر علامة معينة أو مواصفات مما تنطبق على نماذج خاصة أو مميزة .

مادة ٣ : يجب أن يكون التعاقد على أساس مواصفات فنية دقيقة ومفصلة يتم وضعها بمعرفة لجنة فنية ذات خبرة بالأصناف المطلوبة . وتراعى المواصفات القياسية المصرية ومواصفات التوريدات الحكومية وغيرها من المواصفات التى تصدرها أو تعتمد عليها الجهات الفنية المختصة .

وعلى اللجنة الفنية أن تراعى عند وضع المواصفات أن تكون ملائمة لطبيعة الانتاج المحلى كلما أمكن ذلك .

وفى الحالات التى يتطلب فيها التعاقد على أساس عينات فيجب

النص على وزنها أو مقاسها أو حجمها ، وفي الأصناف التى يلزم
توريدها داخل عبوات يجب بيان نوع هذه العبوات وسمتها
ومواصفاتها • وفى المقاولات يجب اعداد الرسومات الفنية اللازمة •

مادة ٤ : يجب قبل طرح الأصناف أو الخدمات أو الأعمال أو
النقل فى الخارج الحصول على موافقة الوزير المختص ، على أن تبين
مبررات ذلك فى مذكرة ترافق أوراق العملية •

مادة ٤ مكرر^(١) : ويجب أن تتضمن شروط التعاقد - بالنسبة الى
الحالات التى تستلزم نقل البضائع بحرا - النص على أن يتم النقل
عن طريق الشركة المصرية لأعمال النقل البحرى ، ويكون الاستثناء
من ذلك بموافقة وزير النقل البحرى أو من يفوضه •

مادة ٥ : يحظر التعاقد بقصد استنفاد الاعتمادات المالية كما
يحظر فى الشهر الأخير من السنة المالية شراء أصناف أو اجراء
مقاولات الا فى الحالات الاستثنائية التى تقتضيها ضرورة العمل ،
على أن تبين مبررات ذلك فى مذكرة تعرض على السلطة المختصة
بالاعتماد •

مادة ٦ : يجب على كل وحدة ادارية تقوم بالتعاقد على عمليات
الشراء أو تقديم الخدمات أو اجراء المقاولات أو مقاولات النقل
أن تمسك السجلات والنماذج الآتية بمعرفة ادارة المشتريات بها :

١ - سجل عام لقيد الموردين والمقاولين وبيوت الخبرة
والاخصائيين فى داخل الجمهورية وخارجها •

٢ - سجل خاص لقيد الموردين والمقاولين وبيوت الخبرة
والاخصائيين المحليين ، الذين تقرر الجهة الادارية المختصة التعامل
مهم •

(١) ملحة مضافة الى اللائحة بمقتضى قرار وزير المالية رقم ١٢٧ لسنة ١٩٨٧
(الصادر فى ١٩٨٧/٤/٢١) •

ويثبت بكل من السجلين المشار اليهما البيانات الآتية :

اسم صاحب انشراط واسم الشهرة ان وجد •
الاسم التجارى •

اسم المدير أو الموظف المسئول •

العنوان القانونى (المحل المختار) •

أنواع النشاط •

رقم البطاقة الشخصية أو العائلة •

رقم البطاقة الضريبية •

رقم القيد فى السجل التجارى أو الصناعى أو سجل الوكلاء
التجارىين أو سجل قيد المقاولين بوزارة الاسكان أو فى أى سجل
آخر يكون انقيد فيه واجبا قانونا •

اسم البنك أو البنوك التى يتعامل معها وعناوينها •

البيانات الخاصة بالكفاية الفنية والمالية •

أية بيانات أخرى تتطلبها طبيعة نشاط الجهة الادارية •

٣ - سجل قيد المنوعين من التعامل •

و يثبت بالاضافة الى البيانات السابقة البيانات الآتية :

الجهة المصدرة لقرار حظر التعامل وتاريخ صدوره ورقمه •
أسباب حظر التعامل •

٤ - نموذج طئب عطاء محلى •

ويستعمل عند التعاقد عن طريق المناقصات المحلية •

٥ - سجل محاضر فتح المظاريف •

٦ - نموذج دفتر تفريغ المعطامات أو المروض •

- ٧ - سجل أعمال وقرارات لجنة البت .
 - ٨ - نموذج اخطار قبول العطاء .
 - ٩ - سجل قيد المينات الدولية الواردة مع العطاءات .
 - ١٠ - سجل قيد المناقصات .
 - ١١ - سجل قيد المناقصات المحلية .
 - ١٢ - سجل قيد الممارسات .
 - ١٣ - سجل قيد الاتفاقات المباشرة .
 - ١٤ - سجل قيد العقود الخارجية .
 - ١٥ - نموذج خطاب ضمان عن التأمينات المؤقتة .
 - ١٦ - نموذج خطاب ضمان عن التأمينات النهائية .
- ويحدد وزير المالية النماذج المشار اليها ، كما يبين نظام امساك
السجلات المذكورة والقيد فيها .
- ويحظر استعمال السجلات والنماذج المتقدمة فى غير الأغراض
المخصصة لها ويحظر الكشط أو الشطب أو الطمس فى البيانات
المثبتة فى تلك السجلات والنماذج ، على أنه اذا تطلب الأمر اجراء
أى تصحيح فى تلك البيانات فيتمين أن يكون ذلك بالمداد الأحمر
والتوقيع أمامه من المسئول المختص واعتماد الرئيس المباشر له
واثبات التاريخ فى كل حالة ، ويجب اذا اقتضت الضرورة الغاء
أى نموذج أو صفحة من سجل أن تثبت كلمة « ملغى » بين خطين
مائلين متوازيين على النموذج أو الصفحة المراد الغاؤها مع بيان
سبب الالغاء .

مادة ٧ : تخضع الهيئة العامة للخدمات الحكومية بالقرارات التى
تصدرها الجهات المعنية ، بعد الرجوع الى ادارة الفتوى المختصة
بمجلس الدولة ، بشطب أو اعادة قيد الموردين و المقاولين ، وتتولى
الهيئة نشر هذه القرارات وفقاً لأحكام قانون المناقصات والمزيادات .

مادة ٨ : يحظر على العاملين بالجهات الحكومية والهيئات العامة وجهات القطاع العام وجهات الادارة المحلية التقدم بطلبات أو عرض لأي من هذه الجهات ، كما لا يجوز شراء أصناف من هؤلاء العاملين أو تكليفهم بتنفيذ أعمال • ولا يسرى ذلك على شراء الكتب من تأليفهم أو تكليفهم بأعمال فنية كالرسم والنحت والتصوير وما يماثلها أو شراء هذه الأعمال الفنية إذا كانت ذات صلة بالأعمال المصلحية • ويكون الشراء منهم أو تكليفهم بالعمل الفني من نفس الكتاب أو نفس العمل الفني الواحد في السنة المالية الواحدة بترخيص من السلطات الآتية .

رئيس المصلحة فيما لا يجاوز خمسمائة جنيه

رئيس الادارة المركزية المختص فيما لا يجاوز مائة جنيه

الوزير المختص أو من يمارس سلطاته فيما لا يجاوز ألف جنيه

الهيئة العامة للخدمات الحكومية فما لا يجاوز ٢٠٠٠ جنيه

وبالنسبة للكتب الدراسية فيخول وزير التعليم سلطة الموافقة على شرائها طبقا للقواعد العامة الواردة في هذه اللائحة •

أما إذا كان العامل قد باع حق الطبع والنشر الى مكتبة أو فرد بعقد ثابت التاريخ قبل الشراء بستة أشهر على الأقل فيكون الشراء في هذه الحالة طبقا لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة في هذه اللائحة •

وبالنسبة لشراء حق التأليف أو الطبع أو النشر ، فيشترط لذلك أن يكون المؤلف واثق الصلة بأعمال جهة الادارة وأن تكون في حاجة ماسة الى الحصول عليه وألا تقل النسخ اللازمة منه عن ألف نسخة ، مالم يكن المؤلف قد وضع خصيصا بناء على طلب جهة الادارة فيجوز عند الضرورة أن يقل العدد عن ذلك • كما يشترط قيام لجنة تشكل من اخصائيين في المادة التي تناولها المؤلف بفحص الكتاب وتقدير قيمته العلمية واقتراح المبلغ الذي تقدره مقابل هذا الشراء ، على أن يراعى في تقدير القيمة عدد النسخ المطلوبة ومدة الانتفاع بهذا (م ٥٥ - المقود الادارية)

الحق • ويصدر بهذا الشراء قرار من الوزير المختص اذا لم تتجاوز القيمة ألف جنيه ومن وزير المالية فيما لا يتجاوز ٢٠٠٠ جنيه •

ويكون شراء حق التأليف أو الطبع أو النشر بالنسبة الى وزارة التربية والتعليم وفقا للقواعد التي يصدر بها قرار من رئيس مجلس الوزراء •

مادة ٩ : لا يجوز اضافة أو حذف أو تعديل أى شرط أو مادة فى الاشتراطات العامة أو الخاصة التى يتمين اقرارها من الجهات المختصة بمراجعة العقود بمجلس الدولة الا بعد الرجوع اليها وموافقتها •

مادة ١٠ - يعين كل وزير أو من يمارس سلطاته بقرار يصدره الادارات المركزية والمصالح التى يحق لرؤسائها مباشرة السلطات المخولة فى هذه اللائحة لرؤساء الادارات المركزية والمصالح ، وبالنسبة لوحدات الادارة المحلية فيعمل بالسلطات الواردة بقانونه ولائحته التنفيذية فى مباشرة السلطات المخولة لرؤساء الادارات المركزية والمصالح المبينة بهذه اللائحة •

مادة ١١ : لا يجوز الجمع بين رئاسة اللجان المنصوص عليها بهذه اللائحة وسلطات الاعتماد •

مادة ١٢ : تسرى على عقود الخدمات ومقاولات النقل كافة الأحكام الواردة بهذه اللائحة بشأن شراء المنقولات وذلك بما لا يتعارض مع طبيعة عملية الخدمة أو مقاوله النقل •

مادة ١٣ : كل مخالفة لأى حكم من أحكام هذه اللائحة تعرض المسئول عنها للمحاكمة التأديبية وفقا لأحكام قانون نظام العاملين المدنيين بالدولة وذلك مع عدم الاخلال بحق اقامة الدوى المدنية والجنائية ضد العامل المسئول عند الاقتضاء •

مادة ١٤ : مع عدم الاخلال بأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزيادات لا يجوز - فى الحالات الفردية - الاستثناء من أحكام هذه اللائحة الا عند الضرورة وبقرار من وزير المالية •

القسم الثانى

اجراءات التعاقد

الفصل الاول : المناقصة العامة

مادة ١٥ : يجب الاعلان عن المناقصة العامة فى الوقت المناسب فى الوقائع المصرية كما ينشر عنها مرتين فى جريدة أو جريدتين عربيتين يوميتين واسمى الانتشار الا اذا كانت قيمة المناقصة تزيد على ٥٠٠٠٠ فينشر عنها ثلاث مرات ، ويجب أن يبين فى الاعلان الجهة التى تقدم اليها العطاءات وآخر موعد لتقديمها والصنف والعمل المطلوب وقيمة التأمين الابتدائى والنهائى وثمان النسخة من شروط العطاء وأية بيانات أخرى تراها جهة الادارة ضرورية لصالح العمل ، ويجب الاعلان عن المناقصات الخارجية فى مصر والخارج .

مادة ١٦ : تحدد مدة قدرها ثلاثون يوما على الأقل لتقديم العطاءات والمناقصات العامة وذلك من تاريخ أول اعلان عن المناقصة فى الوقائع المصرية . ويجوز بترخيص من رئيس الادارة المركزية المختص تقصير هذه المدة بشرط ألا تقل عن خمسة عشر يوما اذا دعت الضرورة الى ذلك . ولا يسرى ذلك التقصير على المناقصات العامة المتعلقة بالتوريدات السنوية الا فى حالة اعادة طرحها ، وتحدد أقل مدة ممكنة لسريان العطاءات بحيث لا تزيد على شهر الا فى حالات الضرورة القصوى التى تحتتمها طبيعة وظروف موضوع المناقصة وبموافقة رئيس الادارة المركزية المختص ، وتحسب مدة سريان صحة العطاءات اعتبارا من التاريخ المحدد لفتح المظاريف على أن يتم البت فى المناقصة والاعطار فى حالة القبول قبل انتهاء مدة صلاحية سريان هذه العطاءات . فاذا تعذر ذلك فعلى الجهة الادارية أن تطلب فى الوقت المناسب الى مقدمى العطاءات قبول مد مدة صلاحية سريان عطاءاتهم الى المدة اللازمة .

مادة ١٧ : يجب أن تعد كل جهة قبل الاعلان عن المناقصات كراسة خاصة بشروط العطاءات وقوائم الأصناف أو الأعمال وملحقاتها يتم طبعها وتوزيعها - بعد ختمها واعتماد مدير المشتريات لها - على من يطلبها وفقا للقواعد وبالثمن الذي تحدده الجهة الادارية بشرط أن يكون بالتكلفة الفعلية لكراسة شروط العطاءات والمواصفات وكافة المستندات الملحق بها مضافا اليه نسبة مئوية لا تزيد على ٢٠٪ كمصروفات ادارية .

ويتبع بشأن هذه الكراسات الاجراءات المخزنية المعمول بها من حيث الاضافة والصرف والالغاء .

وتترجم كراسة الشروط والقوائم والمواصفات في حالة المناقصات الخارجية مع ذكر أن النص العربي هو المعمول عليه في حالة الخلاف أو الالتباس في مضمونها .

مادة ١٨ : يكون تشكيل لجنة فتح المظاريف بقرار من رئيس الادارة المركزية برياسة موظف تتناسب وظيفته ودرجته مع أهمية المناقصة وعضوية مدير القسم المختص وموظف فنى بالنسبة الى مقاولات الأعمال ، وعضوية مدير المشتريات أو نائبه بالنسبة الى المشتريات ، ويحضر اللجنة مندوب ادارة الحسابات ليتسلم التأمينات . ويجوز أن ينص القرار على ضم موظف آخر أو أكثر الى عضوية اللجنة .

مادة ١٩ : يتعين قبل موعد اجتماع لجنة فتح المظاريف ندب موظف ليتسلم العطاءات التي وردت الى قسم الوارد والى القسم المختص وصندوق العطاءات الموجود بكل جهة ادارية والذي تعد فتحته بطريقة لا تسمح باخراج أى شئ من محتوياته ويكون له قفلان يحفظ مفتاح أحدهما لدى رئيس الجهة أو من ينيبه ، والثاني لدى مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص .

كما يجب على قسم الوارد القيام بالتسليم الفوري لما يرد اليه من عطاءات الى لجنة فتح المظاريف صباح اليوم المحدد لفتح المظاريف

وحتى الساعة الثانية عشرة ظهرا موعد فتح المظاريف في جميع الجهات الادارية .

مادة ٢٠ : يقوم رئيس لجنة فتح المظاريف بفتح صندوق العطاءات في الساعة الثانية عشرة ظهرا في اليوم المعين لفتح المظاريف كأخر موعد لتقديم العطاءات ، وعليه اتخاذ ما يأتي :

١ - اثبات الحالة التي وردت عليها العطاءات بعد التحقق من سلامة الاختتام .

٢ - اثبات عدد المظاريف في محضر فتح المظاريف .

٣ - فض العطاءات بالتتابع . وكل عطاء يفتح مطروفه يضع رئيس اللجنة عليه وعلى مطروفه رقما مسلسلا على هيئة كسر اعتيادي بسطه رقم العطاء ومقامه عدد العطاءات الواردة .

٤ - ترقيم الأوراق المكون منها العطاء واثبات عدد تلك الأوراق .

٥ - قراءة اسم مقدم العطاء والأسماء وجملة العطاء على الحاضرين من مقدمي العطاءات أو مندوبيهم .

٦ - اثبات جملة العطاءات بالتفقيط وقيمة التأمين المؤقت المقدم .

٧ - التوقيع منه ومن أعضاء اللجنة على العطاء ومطروفه وكل ورقة من أوراقه على أن تثبت هذه البيانات في السجل المعد لذلك .

٨ - التأشير بدائرة حمراء حول كل كشط أو تصحيح مع وضع خط أفقي قرين كل صنف لم يوضع له سعر بالعطاء والتأشير عليه ، ويجب اثبات كل كشط أو تصحيح وضع حوله دائرة حمراء بمحضر لجنة فتح المظاريف مع بيان ما بداخل الدائرة الحمراء تفصيلا .

٩ - تفقيط الأرقام المفقطة بالحبر الأحمر .

١٠ - التوقيع منه ومن أعضاء اللجنة على جميع هذه التأشيرات .

١١ - التوقيع منه ومن جميع أعضاء اللجنة على محضر اللجنة بعد اثبات كافة الخطوات المتقدمة .

١٢ - تسليم التأمينات لمدوب الحسابات بعد توقيمه بالاستلام على محضر فتح المظاريف ، كما يوقع رئيس الحسابات في نفس اليوم أو في اليوم التالي على الأكثر بما يفيد مراجعته للتأمينات الواردة بها وبأنها قيدت بالحساب المختص .

١٣ - أرفاق المطامات وجميع الأوراق الخاصة بها والمظاريف التي وردت فيها بمحضر اللجنة وتسليمها لمدير المشتريات أو نائبه أو لرئيس القسم المختص وذلك لحفظها في خزانة مغلقة .

١٤ - مراجعة المينات المقدمة من مقدمى المطامات على الكشف الذى دونت به هذه المينات عند ورودها بعد التأكد من سلامة أختامها وغلافتها ، ويوقعها رئيس اللجنة مع جميع أعضائها ، كما يوقعون على المينات التى ترد داخل مظاريف المطامات بعد اثباتها فى كشف خاص ، وتسلم المينات جميعا الى مدير المشتريات أو نائبه أو رئيس القسم المختص حسب الحال أدوة بأوراق المطامات .

١٥ - يجب أن تتم اللجنة عملها بأكمله فى الجلسة ذاتها .

مادة ٢١ : لا يلتفت الى أى عطاء أو تعديل فيه يرد بعد الموعد المعين لفتح المظاريف ، على أن يراعى تقديمه فور وصوله الى رئيس اللجنة لفحصه والتأشير عليه بساعة وتاريخ وروده ، ثم يدرج فى كشف المطامات المتأخرة . ومع ذلك يجوز للوزير المختص بعد موافقة لجنة البت فى النظر فى التجاوز عن التأخير فى الحالات التى ترد فيها المطامات المرسلة بطريق البريد قبل انتهاء لجنة فتح المظاريف من عملها وبشرط أن يكون التأخير لأسباب خارجة عن ارادة صاحب العطاء وأن يكون العرض المتأخر فى صالح الخزنة .

أما إذا ورد العطاء بعد انقضاء لجنة فتح المظاريف فلا يجوز قبوله .

وفى جميع الأحوال يعمل بأى خفض فى الأسعار الواردة بالعطاء يصل للجنة قبل انتهاء الميعاد المعين لفتح المظاريف .

مادة ٢٢ : تتولى إدارة المشتريات أو القسم المختص فرز عينات كل صنف وقيدتها بالسجل الخاص بالعينات ، ويجب أن يبين بهذا السجل تاريخ المناقصة ونوعها . وعلى مدير المشتريات أو رئيس القسم أن يرسل فوراً أو فى خلال اليومين التاليين على الأكثر لتاريخ فتح المظاريف ما يقتضى إرساله منها الى المعمل الفنى الحكومى أو الى الجهة الفنية المختصة حتى يتسنى اجراء التحليل المطلوب على وجه السرعة . وعند ورود التقارير الخاصة بها تدون جميع البيانات بالسجل المذكور أمام كل عينة ليمرض على لجنة البت .

مادة ٢٣ : العينات المقدمة مع العطاءات التى لا يمكن بحسب طبيعتها التحقق من مطابقتها للمواصفات أو العينات النموذجية - بالمعينة البسيطة - يجب إرسالها الى المعمل الفنى الحكومى المختص أو الى الجهة الفنية المختصة لفحصها واختبارها اذا كانت قيمة الصنف الواحد تزيد على ألفى جنيه . ويعتبر الصنف واحداً ولو اختلفت أوزان أو مقاسات أو ألوان وحداته . وعلى مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص أن يضع عليها أرقاما سرية (مع مراعاة تعليمات الجهة الفاحصة) ويرسل معها كشفاً تفصيلياً ببيان مفرداتها والفرص الذى من أجله يراد شراء الصنف ومقدار الكمية المطلوبة وثمنها ، على أن يراعى ترتيبها فى الكشف ترتيباً تصاعدياً على أساس الأسعار المقدمة . ويجب توضيح ما قد يوضع عليها من أرقام سرية واختام وتوقيعات لتمييزها ولضمان عدم استبدال غيرها بها ، ومع ذكر التاريخ المعين للبت فى المناقصة وذلك لكى تقوم الجهة الفاحصة بفحصها وموافاة الجهة المختصة بنتيجة الفحص قبل التاريخ المذكور بوقت كاف يسمح بفحص العطاءات على ضوء تقرير المعمل

عن العينات ورفع التوصيات اللازمة للجنة البت فى المناقصة فى الميعاد المحدد . وعلى جهة الفحص الفنى أن تقوم بفحص المطامات واختبارها بالتتابع وأن تختتمها وتضع عليها أرقاماً سرية أخرى لتمييزها ، وترسل عنها تقريراً وافياً بالنتيجة يبين به نسبة الجودة مئوية لكل عينة تم تحليلها وذلك للوصول الى أرخص عطاء يثبت من التحليل أن العينة المقدمة منه تتفق والمواصفات . وعلى مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص أن يتحقق من حفظ تقارير المعمل الفنى التى ترد تباعاً بملفات المناقصات بعد اثباتها فى السجل الخاص بذلك وقبل عرضها على لجنة الفحص وكذلك التأشير أمام كل تقرير برقم الملف المحفوظة فيه .

مادة ٢٤ : يكلف موظف مسئول أو أكثر بمراجعة المطامات قبل تفريغها مراجعة حسابية تفصيلية والتوقيع عليها بما يفيد هذه المراجعة ، وإذا وجد اختلاف بين سعر الوحدة وإجمالى سعر الوحدات يعول على سعر الوحدة ويؤخذ بالسعر المبين بالتفصيل فى حالة وجود اختلافات بينه وبين السعر المبين بالأرقام .

وتكون نتيجة هذه المراجعة هى الأساس الذى يعول عليه فى تحديد قيمة المطام وترتيبه .

مادة ٢٥ : إذا شكاً مقدم المطام من حصول خطأ مادى فى عطائه فيكون الفصل فى الشكوى من اختصاص لجنة البت والوزير المختص بعد استطلاع رأى الجهة المختصة فى مجلس الدولة إذا اقتضى الأمر ذلك .

مادة ٢٦ : يكلف مدير المشتريات أو رئيس القسم المختص موظفاً أو أكثر تحت إشرافه بتفريغ المطامات على الاستمارة المعدة لذلك من ثلاث صور ، وعليه أن يعيد أيداعها فى آخر كل يوم فى الخزانة المغلقة لحين الانتهاء من التفريغ وتدوين جميع ملاحظات واشتراطات مقدمى المطامات التى تخالف اشتراطات جهة الإدارة ويجب أن تتم هذه العملية فى أقل وقت ممكن حتى يتسنى البت فى المناقصة قبل

انقضاء مدة سريان المطعومات ، كما يجب أن يؤثر على الكشف برقم
وقيمة الاعتماد البند المختص في الموازنة .

وتعمل مطابقة للمطعومات على كشفوف التفريغ من اثنين من
المراجعين وتوقع بما يفيد هذه المطابقة ثم تقدم الى لجنة البت .

مادة ٢٧ : يكون تشكيل لجان البت بقرار من سلطة الاعتماد
المختصة برئاسة رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص
أو من يندبه وعضوية مدير ادارة المشتريات ومندوب فنى أو أكثر
من داخل الجهة أو خارجها من ذوى الخبرة فى الأصناف أو الأعمال
المطلوب توريدها أو تنفيذها وممثل للادارة المالية والادارة
القانونية بالجهة الادارية ، على أن تتناسب وظائف الأعضاء وخبراتهم
مع أهمية موضوع التعاقد .

على أن يمثل وزارة المالية فى لجان البت المديرون الماليون
بالمحافظات أو المراقبون الماليون بالوزارات أو من يندبه كل منهم .
وبالنسبة لغيرها من الجهات فيكون تمثيل وزارة المالية بمن تندبه
لذلك ، على أن يمثل مجلس الدولة أحد أعضاء ادارة الفتوى المختصة
يندبه رئيسها فى الحدود المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات
والمزايدات .

مادة ٢٨ : على لجنة البت أن تتأكد من مطابقة كشفوف التفريغ
للمطعومات ذاتها ، وعليها أن تفحص المينيات والفئات وتقارنها
بعضها ببعض ، ويجب عليها أن تبين بالتفصيل الكافى على كشف
تفريغ المطعومات أوجه النقص والمخالفة للشروط أو المواصفات فى
فى المطعومات التى رأت عدم الأخذ بها .

وعلى اللجنة تدوين مناقشاتها فى محضر يثبت فى سجل خاص
وترافق أوراق المناقصة صورة من المحضر مؤشرا عليها من رئيس
الجنة بما يفيد مطابقتها للأصل .

مادة ٢٩ : يجب عند البت فى المطعومات أن تسترشد اللجنة
بالأشمان الأخيرة السابق التعامل بها محليا أو خارجيا ، ويجب بيان

هذه الأثمان بكشف التفريغ مع ذكر تاريخ التعامل . كما يجب الاسترشاد أيضا بأسعار السوق ، ويقع على عاتق ادارة المشتريات مسئولية الحصول على هذه الأسعار .

وعلى اللجنة اذا رأت إلغاء المناقصة واعادتها لارتفاع الأسعار أن يكون ذلك بقرار مسبب تفصيلا وأن ترافق أوراق المناقصة الملفاة أوراق المناقصة الجديدة .

ويجب حساب الأسعار على قاعدة واحدة هي قاعدة تسليم الأصناف بمخازن الجهة الادارية خالصة جميع المصروفات والرسوم مع مراعاة أمدار النقد الأجنبي ومصاريف تحويل العملة وغيرها حتى يمكن عمل مقارنة دقيقة بين المعطيات .

مادة ٣٠ : تجرى المفاوضة والبت فى نتيجهتها وفقا لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات بقرار من السلطة المختصة بالاعتماد بعد موافقة لجنة البت ، على أنه اذا اختلف رأى لجنة البت أو رأى أغلبيتها مع رأى رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص حول استبعاد بعض المعطيات أو اعتبار المعطيات أصح المعطيات لارساء المناقصة على مقدمه أو اجراء أو عدم اجراء المفاوضة أو غير ذلك فيعرض الأمر على السلطة الأعلى مباشرة للبت فيها نهائيا .

أما اذا اختلف أعضاء اللجنة فى الرأى فيجب إثبات أوجه الخلاف فى المحضر ويكون الفصل فى ذلك للسلطة التى لها حق اعتماد نتيجة المناقصة ، وفى حالة الاختلاف فى الرأى مع المندوب الفنى فيجوز لرئيس اللجنة أن يطلب مندوبا آخر للانضمام الى المندوب الأول للاسترشاد برأيه . فإذا اتفق رأيهما يؤخذ به وان اختلفا يعرض الأمر على رئاستهما لترجيح أحد الرأين .

مادة ٣١ : ترفع لجنة البت توصياتها موقعة من جميع أعضائها ومن رئيسها للاعتماد من السلطات الآتية :

(أ) رئيس المصلحة اذا كانت قيمة المناقصة لا تزيد على ٥٠٠٠٠ جنيه (خمسين ألف جنيه) .

(ب) رئيس الادارة المركزية المختص اذا لم تزد القيمة على ٢٠٠٠٠٠ جنيه (مائتى ألف جنيه) .

(ج) الوزير المختص أو من يمارس سلطاته فيما يزيد على ذلك .

مادة ٣٢ : فى المناقصات التى تقل قيمتها عن خمسة آلاف جنيه تشكل لجنة بقرار من رئيس المصلحة المختص برئاسة موظف مسئول وعضوية موظفين تتناسب وظائفهم وخبراتهم مع موضوع المناقصة ، وتقوم هذه اللجنة بفتح المظاريف وفحص المعطاءات وتفرينها والبت فى المناقصة بعد اتمام اجراءات الفحص أو التحاليل ، وتدون رأيها على كشف التفرغ مع اعتماد توصيات اللجنة من السلطة المصدرة لقرار التشكيل .

مادة ٣٣ : تلتفى المناقصة فى الحالات المنصوص عنها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات بقرار مسبب من سلطة الاعتماد المختصة .

كما يجوز بموافقة تلك السلطة قبول المعطاء الوحيد بشرط :

١ - أن تكون حاجة العمل لا تسمح بإعادة طرح المناقصة أو ألا تكون ثمة فائدة ترجى من اعادةها .

٢ - أن يكون المعطاء الوحيد مطابقا للشروط ومناسبا من حيث السعر .

مادة ٣٤ : يجب على مدير المشتريات اخطار مقدمى المعطاءات الذين قبلت عطاءاتهم بنتيجة المناقصة وذلك خلال أسبوع واحد على الأكثر من تاريخ اعتماد المناقصة .

ويجب أن يطلب فى الاخطار ذاته ايداع التأمين النهائى خلال المدة المحددة وكذلك الحضور لتوقيع العقود ، وترافق العقود صورة .

طبق الأصل من هذه الاخطارات وترسل صورة منها الى مدير المخازن
أو الى القسم المختص حسب الأحوال .

كما يجب اخطار مقدمى المطامات التى تم استبعادها أو غير
المقبولة بأسباب الاستبعاد أو عدم القبول .

٣٥ : يجب أن يحرر عقد عن توريد الأصناف أو تنفيذ الأعمال
أو النقل أو الخدمات المعلن عنها بمناقصات عامة متى بلغ مجموع
قيمة ما رسا توريده أو تنفيذ ألفى جتية . أما فيما يقل عن ذلك
فيمكن الاكتفاء بأخذ اقرار مكتوب شاملا كافة الضمانات اللازمة
لتنفيذ التعاقد مع تحميل التأمين النهائى .

ويحرر العقد من ثلاث نسخ على الأقل تسلم نسخة منها لادارة
الحسابات وممها جميع المطامات وصورة من كشف التفريغ للمراجعة
عليها ، وتسلم نسخة للمتعهد وتحفظ النسخة الثالثة بالادارة
المختصة بالتنفيذ .

ويجب أن يبين على كل صورة قيمة التأمين النهائى ونوعه وتاريخ
توريده .

ويقوم المتعهد ورئيس القسم المختص أو مدير المشتريات
بالتوقيع على العينات النموذجية والعينات المقبولة وختمها بالشمع
الأحمر على أن يكون وضع الأختام بطريقة لا يمكن ممها تغيير
العينات .

مادة ٣٦ : يجب على جهة الادارة ابلاغ مصلحة الضرائب عن
كل الصفقات أو الأعمال التى تجريها الجهة على أن يشمل التبليغ
البيانات الآتية :

١ - اسم المتعاقد ثلاثيا .

٢ - عنوان المنشأة وقسم الشرطة التابعة له .

٣ - القيمة الاجمالية للعقد .

٤ - طبيعة التعاقد والمدة التي يتم فيها تنفيذه والتاريخ المحدد
لنهايته .

٥ - رقم السجل التجارى الخاص بالتعاقد ورقم البطاقة
(شخصية أو عائلية) وتاريخ اصدارها .

٦ - رقم البطاقة الضريبية .

كما يجب ابلاغ المصلحة المذكورة بأية تمديدات تطرأ على القيمة
الاجمالية للمقد أو على مدة تنفيذه وجميع المبالغ التي تصرف
للمتعاقد بمجرد صرفها .

الفصل الثاني

المنافسة المحدودة

مادة ٣٧ : يكون التعاقد بطريق المنافسة المحددة بقرار من سلطة الاعتماد المختصة ، وتجرى الدعوة لتقديم العطاءات فى المنافسات المحدودة بموجب كتب موصى عليها يعلم الوصول تتضمن كافة البيانات الواجب ذكرها فى الاعلان عن المنافسة العامة وفق أحكام هذه اللائحة .

كما يجوز الاعلان عنها بإذن من رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص عند الاقتضاء . وفى هذه الحالة يجب أن تتبع ذات اجراءات النشر عن المنافسة العامة .

مادة ٣٨ : تجرى المنافسة المحددة بين أكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المنافسة والمقيدين بسجل المقاولين والموردين .

مادة ٣٩ : فيما عدا ما تقدم تخضع المنافسة المحدودة لكافة القواعد والأحكام والاجراءات والشروط المنصوص عنها بهذه اللائحة بالنسبة للمنافسات العامة .

الفصل الثالث

المنافسة المحلية

مادة ٤٠ : يكون التعاقد بطريق المنافسة المحلية بقرار من رئيس الادارة المركزية المختص ، وتسرى بشأن المناقصات المحلية كافة القواعد والأحكام والاجراءات والشروط المنصوص عليها في هذه اللائحة بالنسبة الى المناقصات العامة فيما عدا ما يتعلق بالنشر وما ورد بشأنه نص خاص .

مادة ٤١ : توجه الدعوة في المناقصات المحلية الى أكبر عدد ممكن من الموردين والمقاولين المحليين الذين تقرر الجهة التعامل معهم من المقيدین بالسجل الخاص بذلك .

ويجوز توجيه الدعوة الى غير المقيدین بهذا السجل بقرار من سلطة الاعتماد المختصة .

مادة ٤٢ : يقدم العطاء في الغلاف المطبوع المرافق لطلب العطاء المحلي حتى الميعاد المحدد لقبول العطاءات .

مادة ٤٣ : ترسل طلبات العطاءات المحلية الى المقاولين أو الموردين الذين تقرر جهة الادارة دعوتهم الى الاشتراك في المنافسة بواسطة البريد الموصى عليه بعلم الوصول قبل الميعاد المحدد لفتح مظاريف العطاءات بوقت كاف لا يقل عن خمسة أيام ، وفي حالة الاستعجال يجب ارسالها مع مخصص قبل الموعد المحدد بشان وأربعين ساعة على الأقل ، وتسلم بموجب إيصال مؤرخ .

مادة ٤٤ : تفتح العطاءات المحلية في الميعاد المحدد لذلك وتفرغ بمجرد فتحها على الاستمارة المعدة لذلك والتي تحرر من أصل يبقى بالدفتر وصور ترافق العطاءات .

مادة ٤٥ : يكون اعتماد توصيات لجنة البت في المناقصات المحلية من السلطات المبينة فيما يلي :

- ١ - رئيس المصلحة المختص لفاية ٢٠٠٠٠ جنيه .
- ٢ - رئيس الادارة المركزية المختص لفاية ٤٠٠٠٠ جنيه .

الفصل الرابع

الممارسة

مادة ٤٦ : يكون التعاقد بطريق الممارسة فى الحالات المنصوص عنها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات بقرار من سلطة الاعتماد المختصة ، وتصدر تلك السلطة قرارا بتشكيل لجنة الممارسة برئاسة عضوية موظفين مسؤولين تتناسب وظائفهم وخبراتهم الفنية والمالية والقانونية مع أهمية الصفقة ونوعها .

ويكون تشكيل لجنة الممارسة فى حالة اجراء الممارسة فى خارج الجمهورية بقرار من الوزير المختص وفقا لأحكام القانون المشار اليه .

مادة ٤٧ : توجه الدعوة لتقديم العروض فى الممارسات بخطابات موصى عليها بعلم الوصول تتضمن البيانات الواجب ذكرها فى الاعلان عن المناقصات العامة والمبينة بهذه اللائحة مع تحديد ميعاد أول اجتماع للجنة الممارسة ليحضره الموردون والمقاولون أو مندوبوهم .

ويجب أن توجه الدعوة الى أكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط موضوع الممارسة والمقيدين بسجل الموردين والمقاولين .

كما يجوز الاعلان عن الممارسة وذلك بترخيص من السلطة المختصة بالاعتماد ، وتتولى لجنة الممارسة مجتمعة اجراء ممارسة الموردين والمقاولين ومناقشتهم فى جلسات علنية مفتوحة للموردين أو مندوبيهم ، ثم ترفع اللجنة توصياتها بالنتيجة الى السلطة المختصة بالاعتماد ما لم تكن اللجنة مفوضة بالتعاقد مباشرة .

ويجب على لجنة الممارسة أن تثبت كافة ما اتخذته من اجراءات ومناقشات فى محضر متضمن توصياتها وموقع عليه من جميع أعضائها .

مادة ٤٨ : يكون اعتماد توصيات لجنة الممارسة من السلطات الآتية :

- ١ - رئيس المصلحة المختص لغاية ٢٠٠٠٠ جنية .
- ٢ - رئيس الادارة المركزية المختص لغاية ٥٠٠٠٠ جنية .
- ٣ - الوزير المختص أو من يمارس « لمطاته فيما يزيد على ذلك .

مادة ٤٩ : يخفض التعاقد بطريق الممارسة للشروط العامة للمناقصات العامة فيما لم يرد فيه نص خاص بهذه اللائحة .

الفصل الخامس

الاتفاق المباشر

مادة ٥٠ : يجب في حالات الضرورة التي يتم فيها اجراء الشراء أو الخدمات أو تنفيذ مقاولات النقل أو مقاولات الأعمال بطريق الاتفاق المباشر في حدود أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزيادات أن يكون ذلك بترخيص من رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص ، وأن تبين في المستندات الأسباب الملحة التي تقضى باتباع طريق الاتفاق المباشر ، وأن يدون الموظف المسؤول على مستندات الصرف اقرارا بأن الأصناف أو الأعمال مطابقة من حيث النوع والموصفات للفرص المطلوبة من أجله وأن الأعمار مناسبة .

ويكون اعتماد نتيجة التعاقد بهذا الطريق من السلطات الآتية :

١ - رئيس المصلحة المختص لفاية ١٠٠٠ جنيه (ألف جنيه) بالنسبة للمشتريات العادية والخدمات ومقاولات النقل و ٢٠٠٠ (ألفى جنيه) بالنسبة لمقاولات الأعمال و ٤٠٠٠ جنيه (أربعة آلاف جنيه) بالنسبة لشراء أصناف محتكرة من شركات في الخارج ليس لها وكلام في مصر .

٢ - رئيس الادارة المركزية فيما يزيد على ذلك .

مادة ٥١ : لا يجوز تكرار التعاقد بطريق الاتفاق المباشر أكثر من مرة واحدة في السنة الواحدة بالنسبة الى ذات عملية الشراء أو الخدمة أو مقاولات الأعمال أو النقل الا في حالة الضرورة وبموافقة الوزير المختص .

القسم الثالث

الإشتراكات العامة

الفصل الأول

الشروط العامة

مادة ٥٢ : مع عدم الإخلال بأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزيادات يجب على مقدمى العطاءات أن يتبعوا الأحكام الواردة فى المواد الآتية :

مادة ٥٣ : تقدم العطاءات موقعة من أصحابها على نموذج العطاء المختوم بخاتم جهة الإدارة والمؤشر عليه برقم قسيمة تحصيل الثمن وتاريخها وعلى جدول الفئات المرفق له وترسل داخل مظروف مختوم بالشمع الأحمر يوضع داخل مظروف آخر ويكتب على المظروف الداخلى عبارة عطاء عن () جلسة () وعلى الخارجى اسم وعنوان وجهة الإدارة أو الوحدة المختصة ويذكر به ما يأتى « بداخله عطاء لجلسة » ويكون إرسالها بالبريد الموصى عليه خالصة الأجرة ، ويجوز وضعها داخل الصندوق المختص بوضع العطاءات . وإذا أريد تسليمها لقلم محفوظات الجهة فيكون ذلك بايصال يثبت فيه تاريخ التسليم وساعته .

ويجوز إذا كان العطاء مقدما من فرد أو شركة فى الخارج أن يقدم على النموذج الخاص بمقدم العطاء بشرط قيامه بشراء كراسة الشروط والمواصفات .

مادة ٥٤ : على مقدم العطاء مراعاة ما يلى فى اعدادة لقائمة الأسعار (جدول الفئات) :

١ - تكتب أسعار العطاء بالمداد بالعملة المصرية رقما وحروفا باللغة العربية ، ويكون سعر الوحدة فى كل صنف بحسب ما هو

المطامير

مدون بجدول الفئات عدداً أو وزناً أو مقاساً أو غير ذلك دون تغيير أو تعديل فى الوحدة .

ويجوز فى حالة تقديم المطامير من فرد أو شركة فى الخارج أن تكتب الأسعار بالعملة الأجنبية مع ذكر ما تساوية بالعملة المصرية .

ويجب أن تكون قائمة الأسعار مؤرخة وموقعة من مقدم المطامير .

٢ - لا يجوز الكشط أو المحو فى جدول الفئات ، وكل تصحيح فى الأسعار أو غيرها يجب إعادة كتابته بالمداد رقماً وحرفاً وتوقيعه .

٣ - لا يجوز لمقدم المطامير شطب أى بند من بنوده أو من المواصفات الفنية أو اجراء تعديل فيها مهما كان نوعه .

وإذا رغب فى وضع اشتراطات خاصة أو اجراء تعديلات أن يبعثها فى كتاب مرافق لمطاميره على أن يشير الى هذا الكتاب فى المطامير نفسه أو أن يرسل التمديل بعد ذلك بكتاب على أن يصل قبل فتح المطامير ، ولا يعتمد بما عدا ذلك من وسائل المراسلة .

ولا يلتفت الى أى ادعاء من صاحب المطامير بحصول خطأ فى عطائه إذا قدم بعد فتح المطامير .

٤ - إذا سكت مقدم المطامير فى مناقصات توريد الأصناف عن تحديد سعر صنف من الأصناف المطلوب توريدها بقائمة الأسعار المقدمة منه فيعتبر ذلك امتناعاً منه عن الدخول فى المناقصة بالنسبة الى هذا الصنف .

أما فى مقاولات الأعمال فلجهة الإدارة - مع الاحتفاظ بالحق فى استبعاد المطامير - أن تضع للبند الذى سكت مقدم المطامير عن تحديد فئته أعلى فئة لهذا البند فى المطامير المقدمة وذلك للمقارنة بينه وبين سائر المطامير . فإذا أرسيت عليه المناقصة فيعتبر أنه ارتضى المحاسبة على أساس أقل فئة لهذا البند فى المطامير المقدمة دون أن يكون له حق المنازعة فى ذلك .

٥ - يبين فى قائمة الأسعار ما اذا كان الصنف مصنوعا فى مصر أو فى الخارج ، ويترتب على عدم صحة هذه البيانات كلها أو بعضها رفض الصنف علاوة على شطب اسم مقدم المطاء من بين متمهدين الحكومة .

٦ - الفئات التى حددها مقدم المطاء بجدول الفئات تشمل وتنطى جميع المصروفات والالتزامات أيا كان نوعها التى يتكبدها بالنسبة الى كل بند من البنود ، وكذلك تشمل انقيام باتمام جميع الأعمال وتسليمها لجهة الادارة والمحافظة عليها أثناء مدة الضمان طبقا لشروط العقد ، ويعمل الحساب الختامى بالتطبيق لهذه الفئات بصرف النظر عن تقلبات السوق والعملة والتمريفة الجمركية ورسوم الانتاج وغيرها من الرسوم الأخرى .

مادة ٥٥ : على مقدمى المطاءات عن مقاولات الأعمال أن يبينوا فى كتاب مستقل يرافق المطاء قيمة الأعمال ونوعها وتاريخها التى قاموا بها للحكومة والهيئات العامة وشركات القطاع العام . فاذا كان لم يسبق لهم القيام بأعمال من هذا القبيل ، فعليه أن يقدموا الى جهة الادارة ما يثبت قيامهم فى عهود قريبة بأعمال تشبه فى نوعها الأعمال المطروحة فى المناقصة ومواقعها ومجموع قيمتها وتواريخ اتمامها ، وعليهم عمل التسهيلات اللازمة لمدوبى جهة الادارة لمعاينة تلك الأعمال وتقديم كافة البيانات والمستندات التى تثبت قيدهم فى مكاتب أو سجلات خاصة وفقا للقوانين أو القرارات التى تنظم ذلك .

مادة ٥٦ : يكون المطاء عن توريد الأصناف حسب عينات جهة الادارة النموذجية والمواصفات أو الرسومات المعتمدة التى يجب على مقدم المطاء الاطلاع عليها ، ويعتبر تقديمه المطاء اقرارا منه باطلاعه عليها ويتولى التوريد طبقا لها ولو رافقت عطاءه عينات أخرى .

على أنه بالنسبة الى المنتجات الغذائية والكيمياوية يكون التوريد حسب المواصفات المحددة لها . واذا لم يكن لها مواصفات يكون التوريد حسب المعينات التي يطلب تقديمها مع المطامات . واذا كانت هذه المعينات مما يفسد ولا تبقى سليمة حتى التوريد فيكون قبول التوريد على أساس مطابقة نتائج تحليلها على نتائج تحليل عينات التوريد .

وبالنسبة الى المنتجات الهندسية والمعدنية والكهربائية يكون التوريد حسب المواصفات دون التقيد بالمعينات ، ويجوز تقديم عينات للاسترشاد بها فقط .

اما منتجات الغزل والنسيج فيكون قبولها وفقا للشروط والمواصفات والتجاوزات الفنية التي تقرها وزارة الصناعة .

واذا ما أجازت الجهة الادارية المختصة فى اعلانها تقديم عينات مع المطامات فيجب أن تكون من حجم أو مقياس أو وزن يسمح بالفحص أو التحليل وأن تنطبق عليها المواصفات .

ويكون لمقدمي المعينات الحق فى استردادها فى مدى أسبوعين من تاريخ إخطارهم برفضها بكتاب موصى عليه والا أصبحت ملكا للحكومة دون مقابل .

مادة ٥٧ : يبقى المطام نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت تصديره بمعرفة مقدم المطام برفض النظر عن ميعاد استلامه بمعرفة جهة الادارة حتى نهاية مدة سريان المطام المعينة باستمارة المطام المرافقة للشروط .

مادة ٥٨ : اذا سحب مقدم المطام عطائه قبل الميعاد المعين لفتح المظاريف فيصبح التأمين المودع حقا للجهة دون حاجة الى ائذار أو الالتجاء الى القضاء أو اتخاذ أية اجراءات أو اقامة الدليل على حصول ضرر .

وعند انقضاء مدة سريان المطاء يجوز لمقدمه استرداد التأمين المؤقت . وفى هذه الحالة يصبح المطاء ملفيا وغير نافذ المفعول . فإذا لم يطلب ذلك اعتبر قابلا استمرار الارتباط بمطائه الى أن يصل لجهة الادارة اخطار منه بسحب التأمين المؤقت وعدوله عن عطائه .

مادة ٥٩ : يجب أن يكون مقدم المطاء مقيما فى جمهورية مصر العربية أو أن يكون له وكيل فيها والا يجب عليه أن يبين فى عطائه الوكيل المعتمد منه فى جمهورية مصر العربية فيما لو رست عليه المناقصة وأن يبين فى عطائه العنوان الذى يمكن مخاطرته فيه ويمتبر اعلانه صحيحا .

وإذا كان المطاء مقدما من وكيل عن صاحب المطاء فعليه أن يقدم معه توكيلا مصدقا عليه من السلطات المختصة بالاضافة الى كافة البيانات والمستندات التى يجب عليه تقديمها وفقا لأحكام القوانين والقرارات التى تنظم ذلك .

مادة ٦٠ : كل عطاء مقدم من شركة يجب أن ترافقه صورة رسمية من عقد تأسيسها ومن قانونها النظامى . وعند تقديم عطاء من منشأة تجارية لأكثر من شخص واحد فيجب أن ترافقه صورة رسمية من عقد المشاركة .

وفى كلتا الحالتين يجب أن ترافق الصورة المقدمة بيان بأسماء الأشخاص المصرح لهم بالتعاقد لحساب الشركة أو المنشأة ومدى هذا الحق وحدوده وأسماء المسئولين مباشرة عن تنفيذ شروط العقود وامضاء الايصالات واعطاء المخالصات باسم الشركة أو المنشأة ونماذج من امضاءاتهم على أن تكون هذه النماذج على ذات صورة العقد أو التوكيل .

وإذا كان المطاء مقدما من شخص طبيعى أو ممنوى فيجب أن ترافق المطاء صورة من بطاقته الضريبية .

مادة ٦١ : يجب أن تصل المطعومات الى جهة الادارة أو الوحدة المختصة في ميعاد غايته الساعة الثانية عشرة من ظهر اليوم المحدد بالاعلان ، ولا يعتد بالمطعومات المقدمة بعد هذا الميعاد أيا كانت أسباب التأخير .

مادة ٦٢ : يكون لجهة الادارة الحق في مراجعة الأسعار المقدمة سواء من حيث مفرداتها أو مجموعها واجراء التصحيحات المادية اذا اقتضى الأمر ذلك .

ويعمل على السعر المبين بالحروف . ولا يعتد بالمطام المبنى على خفض نسبة مئوية عن أقل عطاء يقدم في المناقصة .

مادة ٦٣ : تكون المطعومات المقترنة بتسهيلات ائتمانية من مقدمى المطعومات محل اعتبار عند البت في أولوية المطعومات .

مادة ٦٤ : يكون توريد الأصناف فى المواعيد والأماكن المبينة بقائمة الأسعار ، ويراعى عند وضع الأسعار بالمطام :

(أ) اذا كان تسليم الأصناف بميناء الشحن على ظهر المركب « فوب » F.O.B. فيجب أن يشمل السعر المبين بالمطعومات المعبوات من صناديق وصفائح وبراميل وأكياس وغيرها وكذا مصروفات النقل الى ظهر المركب .

(ب) اذا كان التسليم G.I.F. او بميناء الوصول فيشمل السعر علاوة على المبين بالبند (أ) نولون الشحن البحرى أو الجوى ومصروفات التفريغ من المراكب كما يشمل رسم التأمين فى حالة G.I.F. وميناء الوصول .

وفى كلتا الحالتين اذا اشترط المتعهد فى عطائه قيام الجهة صاحبة الشأن بدفع الثمن بموجب اعتماد يفتح بواسطة حسابه أو لحساب عملائه فى الخارج أو فى الداخل فان مصاريف فتح الاعتماد يتحملها المتعهد ، وعليه أن يبين فى المطام مقدار المبالغ المطلوب تحويلها الى الخارج مع بيان نوع العملية والجهة التى سيتم الاستيراد منها .

ومع ذلك يجوز للوزير المختص بعد موافقة لجنة البت الموافقة على تحمل الجهة بمصروفات فتح الاعتماد اذا اشترط المتعهد ذلك ، على أن يؤخذ هذا الشرط في الاعتبار عند المقارنة والمفاضلة بين مختلف العروض من حيث الأسعار والشروط المقدمة .

(ج) اذا كان التسليم بمخازن جهة الادارة فيجب أن يشمل السعر علاوة على المبين بالبند (ب) رسوم الجمارك وجميع أنواع الرسوم الأخرى والضرائب السارية وقت تقديم المطاء ومصروفات النقل الداخلى بحيث تسلم الأصناف لمخازن الجهة خالصة من جميع الرسوم والمصروفات .

(د) فاذا حدث تغيير فى التعريف الجمركية أو الرسوم أو الضرائب الأخرى التى تحصل عن الأصناف الموردة فى المدة الواقعة بين تقديم المطاء وآخر موعد للتوريد وكان التوريد قد تم فى غضون المدة المحددة له فيسرى الفرق تبعاً لذلك بشرط أن يثبت المتعهد أنه أدى الرسوم والضرائب على الأصناف الموردة على أساس الفئات المعدلة بالزيادة . أما فى حالة ما اذا كان التعديل بالنقص فتخصم قيمة الفرق من المقد الا اذا أثبت المتعهد أنه أدى الرسوم على اساس الفئات الأصلية قبل التعديل .

وفى حالة التأخير فى التوريد عن المواعيد المحددة فى المقد وكان تعديل فئات الضرائب والرسوم قد تم بعد هذه المواعيد ، فان المتعهد يتحمل عن الكميات المتأخرة كل زيادة فى الرسوم والضرائب المشار إليها الا اذا أثبت المتعهد أن التأخير يرجع الى القوة القاهرة . أما النقص فيها فتخصم قيمته من قيمة المقد .

مادة ٦٥ : يجوز لمقدم المطاء أو مندوبه أن يحضر جلسة فتح المظاريف فى الموعد المحدد لذلك لسماح قراءة المطاءات المقدمة .

مادة ٦٦ : اذا تساوت الأثمان بين عطاءين أو أكثر جازت تجزئة المقادير المعلن عنها بين مقدميها اذا كان ذلك فى صالح العمل . ويجوز ذلك أيضا اذا كان مقدم المطاء الأقل سعرا يشترط مددا

بميدة للتوريد لا تتناسب وحالة العمل بالجهة الادارية ، وذلك بالتعاقد مع صاحب أنسب المعطاءات التالية على أقل كمية تلزم لتأمين المخازن في الفترة الواقعة بين تاريخي التوريد ومع صاحب المعطاء الأقل عن باقي الكميات . وعلى لجنة البت في هذه الحالة أن تثبت في تقريرها الباقي من الصنف بالمخزن ومتوسط الاستهلاك .

وتفضل المعطاءات المقدمة من مراكز وهيئات التأهيل المهني المشكلة بقرار من الوزير المختص متى تساوت أثمانها مع أثمان أقل المعطاءات سمرًا وكانت مطابقة للشروط والمواصفات .

مادة ٦٧ : يجوز عند الضرورة الترخيص بدفع مبالغ مقدما من قيمة الأصناف و مقاولات الأعمال أو مقاولات النقل أو الخدمات التعاقد عليها اذا كان الدفع المقدم مشروطا في التعاقد وذلك في الحدود الآتية :

لغاية ٥٠٪ من قيمة التعاقد بموافقة رئيس الادارة المركزية المختص .

لغاية ١٠٠٪ من قيمة التعاقد بموافقة الوزراء المختص .

ويكون الدفع المقدم مقابل خطاب ضمان بنكي معتمد بنفس القيمة والعملة وغير مقيد بأى شروط وسارى المفعول حتى تاريخ انتهاء تنفيذ العقد . ويستثنى من شرط تقديم خطاب الضمان المشار اليه حالات التعاقد التى تتم بين جهتين من الجهات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزيادات .

ويراعى عند المفاضلة والمقارنة بين المعطاءات اضافة فائدة تعادل سعر الفائدة المعلن من البنك المركزى وقت البت في المناقصة الى قيمة المعطاءات المقترنة بالدفع المقدم وذلك عن المبالغ المطلوب دفعها مقدما ، وتحسب الفائدة عن المدة من تاريخ أداء هذه المبالغ حتى تاريخ استحقاقها الفعلى .

ويجب فى جميع الحالات أن يكون الدفع المقدم فى حدود الاعتمادات المدرجة بالموازنة عن السنة المالية التى يتم فيها التعاقد .

الفصل الثاني

في التأمينات

مادة ٦٨ : مع عدم الاخلال بأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات تؤدي التأمينات نقدا ويجوز لمقدم المطاء طلب خصم قيمة التأمين من مبالغ مستحقة له لدى جهة الادارة بشرط أن تكون صالحة للصرف وقت تقديم المطاء أو وقت تقديم الطلب بالنسبة للتأمينات النهائية . ولا يجوز أن يكون أداء التأمين عن طريق الكفالة .

ويجوز أن تقدم كفالة بقيمة التأمين اذا كانت قيمته تقل عن عشرين جنيها .

مادة ٦٩ : اذا كان التأمين نقدا فيؤدي بإيداعه احدى خزائن الحكومة بموجب ايصال رسمي يثبت في المطاء رقمه وتاريخه . ويجوز أن تسحب حوالة بريدية بقيمته ترافق المطاء . ولا تحسب فائدة على هذه المبالغ .

وتقبل الشيكات على المصارف المحلية اذا كان مؤشرا عليها بالقبول من المصرف المسحوبة عليه ، كما تقبل الشيكات المسحوبة على مصارف بالخارج بشرط التأشير عليها بالقبول من أحد المصارف المعتمدة .

ومع ذلك يجوز عند الاقتضاء قبول الشيكات العادية دون أن تكون مصرفية أو معتمدة من البنوك المسحوبة عليها اذا تبين وجود ضمانات كافية .

وإذا كان التأمين كتاب ضمان وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة والا يقتصرن بأي قيد أو شرط وأن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر جهة الادارة المختصة مبلغا يوازي التأمين المؤقت

وأنه مستمد لأدائه بأكمله أو تجديد مسدة سريان كتاب الضمان
للد أخرى حسيماً تراء الجهة الصادر لصالحها التأمين عند الطلب منها
دون التفات الى أية معارضة من مقدم العطاء .

وعندما ترد لاحدى الجهات الادارية كفالة عن تأمين نهائى من
أحد المصارف المرخص لها فى اصدار كتب كفالة أو أحد فروعها
عليها أن تتحقق من أن المصرف أو الفرع قد أعطى قرارا على هذه
الكفالة بأنه لم يتجاوز الحد الأقصى المعين لمجموع الكفالات المرخص
للمصرف فى اصدارها .

فاذا تبين عند مراجعة الاخطارات بوزارة الاقتصاد والتجارة
الخارجية أن المصرف قد تعدى الحد الأقصى المحدد له أخطرت الجهة
المختصة فوراً لمطالبة المصرف بأن يؤدى اليها فى ميعاد لا يتجاوز
ثلاثة أيام عمل قيمة الكفالة نقداً .

واذا كانت الكفالة محدودة المدة فيجب ألا تقل مدة سريانها عن
ثلاثين يوماً على الأقل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاءات .
وبالنسبة للتأمين النهائى فيكون سريان كتاب الكفالة لمدة تبدأ من
وقت اصداره الى ما بعد انتهاء مدة العقد بثلاثة أشهر ، الا اذا اتفق
على غير ذلك .

مادة ٧٠ : لا يحصل التأمين النهائى اذا قام صاحب العطاء
المقبول بتوريد جميع الأصناف التى رسا عليه توريدها وقبلتها
الجهة الادارية المتعاقدة نهائياً خلال المدة المحددة لايداع التأمين
النهائى .

أما اذا كان التوريد المقبول عن جزء من الأصناف المشار اليها
وكان ثمنه يكفى لتغطية قيمة التأمين النهائى فيخصم من ثمن الجزء
المورد ما يعادل قيمة هذا التأمين من مجموع قيمة العطاء ويحتفظ
به لدى الجهة المتعاقدة بمثابة تأمين نهائى حتى تمام تنفيذ العقد .

مادة ٧١ : مع عدم الاخلال بأحكام هذه اللائحة يرد التأمين المؤقت الى أصحاب المطعومات غير المقبولة بغير توقف على طلب منهم سواء كان نقدا أو بشيك أو بخطاب ضمان وذلك في خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد انتهاء المدة المحددة لسريان العطاء أو قبل ذلك اذا تم تحصيل التأمين النهائي من صاحب المطعم المقبول .

ويجب الاحتفاظ بالتأمين النهائي بأكمله الى أن يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية طبقا للشروط ، وحينئذ يرد التأمين أو ما بقي منه لصاحبه بغير توقف على طلب منه وذلك في خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد اتمام تنفيذ العقد بصفة نهائية طبقا للشروط .

مادة ٧٢ : يصدر بإعفاء الشركات المحتكرة من ايداع التأمين المؤقت والنهائي ومد المهلة المحددة لايداع التأمين النهائي بما لايجاوز عشرة أيام أو خفضه بما لا يزيد على ٥٠٪ قرار مسبب من الوزير المختص أو من يمارس سلطاته وفقا للشروط والأوضاع المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات .

القسم الرابع اجراءات تنفيذ العقود

الفصل الأول الشروط العامة

مادة ٧٣ : تبدأ المدة المحددة للتوريد من اليوم التالى لاختبار المتعهد بقبول عطائه الا اذا اتفق على خلاف ذلك ، ويكون اخطار المتعهدين فى الخارج بموجب برقيات تؤيد بكتاب لاحق . على أن يتضمن الاخطار - بالاضافة الى ما تضمنته المادة ٣٤ من هذه اللائحة - الأصناف والكميات والفئات ومواعيد بدء التوريد وانتهائه .

وتبدأ المدة المحددة لتنفيذ عقود الأعمال من التاريخ الذى يسلم فيه الموقع للمقاول . ويكون التسليم بموجب محضر يوقع من الطرفين ومحرر من نسختين تسلم احدهما للمقاول وتحتفظ جهة الادارة بالنسخة الأخرى . واذا لم يحضر المقاول أو مندوبه لتسلم الموقع فى التاريخ الذى تكون جهة الادارة قد عينته له فى اخطار قبول العطاء فيحضر محضر بذلك ويعتبر هذا التاريخ موعداً لبدأ تنفيذ العمل .

مادة ٧٤ : اذا اخل المتعاقد بأى شرط من شروط العقد كان للجهة المتعاقدة الحق فى فسخ العقد أو فى تنفيذه على حسابه .

ويتقرر الفسخ أو التنفيذ على الحساب بقرار من السلطة المختصة بالاعتماد يملن الى المتعاقد بكتاب موسى عليه يعلم الوصول على عنوانه المبين فى العقد وذلك دون حاجة الى اتخاذ أية اجراءات ادارية أو قضائية أخرى .

مادة ٧٥ : لا يجوز للمتمهد أو المقاول النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها ، ومع ذلك يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك ، ويكتفى في هذه الحالة بتصديق البنك . ويبقى المتمهد أو المقاول مسئولاً عن تنفيذ العقد . ولا يخل قبول نزوله عن المبلغ المستحق له بما يكون لجهة الادارة قبله من حقوق .

مادة ٧٦ : اذا توفى المتمهد أو المقاول جاز لجهة الادارة فسخ العقد مع رد التأمين اذا لم يكن لجهة الادارة مطالبات قبل المتمهد أو السماح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد بشرط أن يمينوا عنهم وكيلا بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه ويوافق عليه رئيس الادارة المركزية المختص .

وإذا كان العقد مبرماً مع أكثر من متمهد أو مقاول وتوفى أحدهم فيكون لجهة الادارة الحق في انتهاء العقد مع رد التأمين ، أو مطالبة باقى المتمهدين بالاستمرار في تنفيذ العقد .

ويحصل الانهاء في جميع هذه الحالات بموجب كتاب موصى عليه بملم الوصول دون حاجة الى اتخاذ أية اجراءات أخرى أو الالتجاء الى القضاء .

الفصل الثاني

في شروط تنفيذ عقود مقاولات الأعمال

مادة ٧٧ : يلتزم المقاول باتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمعلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد بما في ذلك استخراج الرخصة ، كما يكون مسئولاً عن حفظ النظام بموقع العمل وتنفيذ أوامر جهة الادارة بأبماد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الفش أو يخالف أحكام هذه الشروط .

ويلتزم المقاول أيضا باتخاذ كل ما يكفل منع الاصابات أو حوادث الوفاة للعمال أو أى شخص آخر أو الاضرار بممتلكات الحكومة أو الأفراد ، وتعتبر مسئوليته في هذه الحالات مباشرة دون تدخل لجهة الادارة .

وفي حالة اخلاله بتلك الالتزامات يكون لجهة الادارة الحق في تنفيذها على نفقته .

مادة ٧٨ : يلتزم المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة ، وعليه اخطار جهة الادارة في الوقت المناسب بملاحظاتة عليها ، ويكون مسئولاً عن جميع هذه الرسوم والتصميمات كما لو كانت مقدمة منه .

مادة ٧٩ : جميع المواد والمشونات المعتمدة والقطع والأدوات والآلات التي تكون قد استحضرت بمعرفة المقاول لمنطقة العمل أو على الأرض المشغولة بمعرفة المقاول بقصد استعمالها في تنفيذ العمل وكذلك الأعمال والمنشآت الوقتية الأخرى تظل كما هي ، ولا يجوز نقلها أو التصرف فيها الا بأذن جهة الادارة الى أن يتم التسليم المؤقت ، على أن تبقى في عهدة المقاول وتحت حراسته ومسئوليته وحده ولا تتحمل جهة الادارة في شأنها أية مسؤولية بسبب الضياع أو التلف أو السرقة أو غير ذلك .

(م ٥٧ - العقود الادارية)

ويجب على المقاول أن يهيئ مكانا صالحا لتشوين المواد القابلة للتلف بسبب العوامل الجوية وذلك لوقايتها منها بطريقة يوافق عليها مهندس جهة الادارة .

مادة ٨٠ : المقادير والاوزان الواردة بجدول الفئات هي مقادير وأوزان تقريبية قابلة للزيادة والعجز تبعاً لطبيعة العملية ، والفرض منها هو بيان مقدار العمل بصفة عامة ، والأثمان التي تدفع للمقاول تكون على أساس الكميات التي تنفذ فعلاً سواء أكانت تلك الكميات أقل أم أكثر من الوارد بالمقايضة أو الرسومات ، سواء نشأت الزيادة أو العجز عن خطأ في حساب المقايضة الابتدائية أو عن تغييرات أدخلت في العمل طبقاً لأحكام العقد وبمراعاة ألا يؤثر ذلك على أولوية المقاول في ترتيب عطائه .

ويعتبر المقاول مسئولاً عن التحرر بنفسه عن صحة المقادير والأوزان . وتعتبر كل فئة من الفئات المدرجة بجدول الفئات ملزمة للمقاول أثناء العقد وغير قابلة لإعادة النظر لأي سبب ، ولا يكون للمقاول حق طلب مبالغ زيادة أو تمويضات مهما كانت خسارته أو تكبدته مصروفات إضافية .

ويقوم مهندس جهة الادارة بعملية القياس والوزن للأعمال أثناء سير العمل بالاشتراك مع المقاول أو مهندس أو مندوبه ، ويتم التوقيع بصحة المقادير والأوزان من الاثنين ، فإذا تخلف المقاول أو مندوبه بعد إخطاره يلزم بالمقايضات والأوزان التي يجريها مهندس من جهة الادارة .

على أنه بالنسبة للجهات التي لا يتوافر فيها العنصر الفني اللازم فيندب مهندس من مديرية الاسكان المختصة ، ويكون مهندس جهة الادارة أو مديرية الاسكان مسئولاً عن صحة وبسلامة ما يثبتته من بيانات في هذا الشأن .

وتعرض أوجه الاختلاف في هذا المجال على جهة الادارة ويكون قرارها في ذلك نهائياً .

مادة ٨١ : يلتزم المقاول بانتهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماما للتسليم المؤقت فى المواعيد المحددة .

فإذا تأخر جاز للسلطة المختصة بالاعتماد اذا اقتضت المصلحة العامة اعطائه مهلة اضافية لاتمام التنفيذ على أن توقع عليه غرامة عن المدة التى يتأخر فيها انتهاء العمل بعد الميعاد المحدد الى أن يتم التسليم المؤقت . ولا يدخل فى حساب مدة التأخير مدد التوقف التى يثبت لجهة الادارة نشوؤها عن أسباب قهرية . ويكون توقيع الغرامة بالنسب والأوضاع التالية :

- ١/ عن الأسبوع الأول أو أى جزء منه .
- ١٥/ عن الأسبوع الثانى أو أى جزء منه .
- ٢/ عن الأسبوع الثالث أو أى جزء منه .
- ٤/ عن كل شهر أو جزء منه بعد ذلك بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة ١٥٪ .

وتحسب الغرامة من قيمة ختامى العملية جميعها اذا رأت جهة الادارة أن الجزء المتأخر يمنع الانتفاع بما تم من العمل بطريق مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل فى المواعيد المحددة . أما اذا رأت جهة الادارة أن الجزء المتأخر لا يسبب شيئا من ذلك ، فيكون حساب الغرامة بالنسب والأوضاع السابقة من قيمة الأعمال المتأخرة فقط .

وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه أى ضرر دون حاجة الى أى تنبيه أو اذار .

ويجب على جهة الادارة أن تراعى الدقة فى ضرورة وجوب خصم غرامات التأخير قبل الاذن بصرف مستحقات المقاول .

مادة ٨٢ : اذا أخل المقاول بأى شرط من شروط العقد أو أهمل أو أهفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ اخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بالقيام باجراء هذا الاصلاح كان لرئيس الادارة المركزية أو رئيس

المصلحة المختص وعلى مسؤوليته الحق في اتخاذ أحد الاجراءين التاليين
وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة :

(أ) فسخ العقد مع مصادرة التأمين النهائي المستحق وقت الفسخ
والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الادارية من غرامات أو تعويضات
عما يلحق بها من أضرار .

(ب) سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بطريق المناقصة
العامة أو المناقصة المحلية أو الممارسة في حدود أحكام قانون تنظيم
المناقصات والمزايدات والأحكام الواردة بهذه اللائحة ، وذلك مع
مصادرة التأمين النهائي المستحق على المقاول وقت سحب العمل ،
والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الادارية من غرامات وتعويضات
واسترداد جميع ما تكبدته من مصروفات وخسائر زيادة على قيمة
العقد نتيجة لسحب العمل .

ويكون لجهة الادارة الحق في احتجاز كل أو بعض ما يوجد بمحل
العمل من منشآت وقتية ومبان وآلات وأدوات ومواد وخلافه دون أن
تكون مسئولة قبل المقاول أو غيره عنها وعما يصيبها من تلف أو نقص
لأى سبب كان أو دفع أى أجر عنها كما يكون لها الحق ايضا في
الاحتفاظ بها حتى بعد انتهاء العمل ضمانا لحقوقها ، ولها أن تبيعها
دون أدنى مسئولية من جراء البيع .

مادة ٨٣ : يصرف للمقاول دفعات على الحساب تبعا لتقدم العمل
على النحو الآتي :

(أ) ٨٠٪ من القيمة المقررة للأعمال التي تمت فعلا مطابقة
للشروط والمواصفات وذلك من واقع الفئات الواردة بالمجدول .

(ب) ٦٠٪ من اقيمة المقررة للمواد التي وردها المقاول لاستعمالها
في العمل الدائم والتي يحتاجها العمل فعلا بشرط أن تكون مطابقة
للشروط وموافقا عليها وأن تكون مشونة بموقع العمل في حالة جيدة
بعد اجراء الجرد الفعلي اللازم وذلك من واقع فئات العقد .

(ج) بعد تسلم الأعمال مؤقتا تقوم جهة الادارة بتحرير الكشف الختامية بقيمة جميع الأعمال التي تمت فعلا ويصرف للمقاول عقب ذلك مباشرة ما يستحقه بعد خصم المبالغ التي سبق صرفها على الحساب أو أية مبالغ أخرى مستحقة عليه .

(د) عند تسلم الأعمال نهائيا بعد مدة الضمان وتقديم المقاول المحضر الرسمي الدال على ذلك يسوى الحساب النهائي ويدفع للمقاول باقى حسابه بما فى ذلك التأمين النهائى أو ما تبقى منه .

مادة ٨٤ : فى حالة سحب العمل كله أو بمضيه من المقاول يحمر كشف بالأعمال التي تمت وبالألات والأدوات التي استحضرت والمهمات التي لم تستعمل التي يكون قد وردها المقاول يمكن العمل ، ويحصل ذلك الجرد خلال شهر من تاريخ سحب العمل بمعرفة مندوب جهة الادارة وبحضور المقاول بعد اخطاره بكتاب موصى عليه بالحضور هو أو مندوبه ويثبت هذا الجرد بموجب محضر يوقعه كل من مندوب جهة الادارة ، والمقاول أو من ينوب عنه . فاذا لم يحضر أو لم يرسل مندوبا عنه فيجرى الجرد فى غيابه .

وفى هذه الحالة يخطر المقاول بنتيجة الجرد ، فاذا لم يبد ملاحظاته خلال أسبوع من تاريخ وصوله اليه ، كان ذلك بمثابة اقرار منه بصحة البيانات الواردة فى محضر الجرد ، وجهة الادارة غير ملزمة بأخذ شيء من هذه المهمات الا بالقدر الذى يلزم لاتمام الأعمال فقط على شرط أن تكون صالحة للاستعمال . أما ما يزيد على ذلك فيكلف المقاول بنقله من محل العمل .

مادة ٨٥ : على المقاول بمجرد اتمام العمل أن يخلى الموقع من جميع المواد والأتربة والبقايا وأن يمهده ، والا كان لجهة الادارة الحق بعد اخطاره بكتاب موصى عليه فى ازالة الأتربة على حسابه واخطاره كتابة بذلك ، ويخطر عندئذ بالموعد الذى حدد لاجراء المعاينة ويحمر محضر التسليم المؤقت بعد اتمام المعاينة ويوقعه كل من المقاول أو مندوبه الموكل بذلك بتوكيل مصدق عليه ومندوبى جهة الادارة

الذين يخطر المكاوول بأسمائهم ، ويكون هذا المحضر من ثلاث نسخ تسلّم احداها للمكاوول ، وفي حالة عدم حضوره هو أو مندوبه في الميعاد المحدد تتم المعاينة ويوقع المحضر من مندوبى جهة الادارة وحدهم . واذا تبين من المعاينة أنّ العمل قد تسلّم على الوجه المطلوب اعتبر تاريخ اخطار المكاوول لجهة الادارة باستمداه للتسليم المؤقت موعد انتهاء العمل وبدء مدة الضمان . واذا ظهر من المعاينة أن العمل لم ينفذ على الوجه الأكمل فيثبت هذا فى المحضر ويؤجل التسليم الى أن يتضح أن الأعمال قد تمت بما يطابق الشروط (هذا مع عدم الاخلال بمسؤولية المكاوول طبقا لأحكام القانون المدنى) وتبدأ من تاريخ المعاينة الأخيرة مدة الضمان .

وبعد اتمام التسليم المؤقت يرد للمكاوول - اذا لم توجد قبله مطالبات للجهة المتعاقدة أو لأية مصلحة حكومية - ما زاد من قيمة التأمين النهائية على النسبة المحددة من قيمة الأعمال التى تمت فعلا وتحفظ الجهة المتعاقدة بهذه النسبة لحين انتهاء مدة الضمان واطتمام التسليم النهائي .

مادة ٨٦ : يضمن المكاوول الأعمال موضوع المقدم وحسن تنفيذها على الوجه الأكمل لمدة سنة واحدة من تاريخ التسليم المؤقت وذلك دون اخلال بمدة الضمان المنصوص عليها فى القانون المدنى ، والمكاوول مسئول عن بقاء جميع الأعمال سليمة أثناء مدة الضمان . فاذا ظهر بها أى خلل أو عيب يقوم باصلاحه على نفقته ، واذا قصر فى اجراء ذلك فلجهة الادارة أن تجريه على نفقته وتحت مسؤوليته .

مادة ٨٧ : قبل انتهاء مدة الضمان بوقت مناسب يخطر المكاوول جهة الادارة كتابة للقيام بتحديد موعد للمعاينة .

ومتى تبين أن الأعمال قد نفذت مطابقة للمواصفات بحالة جيدة فيتم تسليمها نهائيا بموجب محضر من ثلاث صور يوقعه كل من مندوبى جهة الادارة والمكاوول أو مندوبه الرسمى تعطى للمكاوول

صورة منه ، واذا ظهر من المعاينة أن المقاول لم يتم ببعض الالتزامات فيؤجل التسليم النهائي لحين قيامه بما يطلب اليه من الأعمال ، هذا مع عدم الاخلال بمسئوليته طبقاً لأحكام القانون المدني .

وعند تمام التسليم النهائي يدفع للمقاول ما قد يكون مستحقاً له من مبالغ ويرد اليه التأمين النهائي أو ما تبقى منه .

الفصل الثالث

شروط تنفيذ عقود التوريد

مادة ٨٨ : يلتزم المتعهد بتوريد الأصناف المتعاقد عليها في الميعاد أو المواعيد المحددة خالصة جميع المصروفات والرسوم ومطابقة لأمر التوريد وللموصفات أو العينات المعتمدة ، ويتسلم أمين مخزن الاستقبال ما يورده المتعهد بالعدد أو الوزن أو المقاس بحضور مندوب المتعهد ، ويعطى عنه ايصالاً مؤقتاً مختوماً بخاتم جهة الادارة موضعاً به اليوم والساعة التي تم فيها التوريد ويقرر فيه حالة الأصناف من حيث سلامتها وذلك لحين اخطار المتعهد بميعاد اجتماع لجنة الفحص ليتمكن من حضور اجراءات الفحص والاستلام النهائي . ويجب أن يتم ذلك الاخطار في خلال ثلاثة أيام عمل من تاريخ اليوم التالي لصدور الايصال المؤقت . وعلى أمين مخزن الاستقبال فور تسلمه الأصناف الموردة اخطار رئيس لجنة الفحص بذلك لاتخاذ اللازم .

ويعتبر قرار اللجنة بقبول أو رفض الأصناف نهائياً وذلك بمجرد اعتماده من السلطة المختصة بالاعتماد .

مادة ٨٩ : يلتزم المتعهد بأن يقدم فاتورة الأصناف الموردة من أصل وصورتين . وفي حالة قيامه بالتوريد بناء على طلب جهة الادارة الى جهة غير الجهة المتعاقد على التوريد اليها يجب أن ترافق الفواتير مستندات تثبت قيمة مصروفات النقل الإضافية حتى يمكن رد هذه المصروفات اليه .

مادة ٩٠ : اذا رفضت لجنة الفحص صنفاً أو أكثر من الأصناف الموردة أو وجد فيها نقص أو مخالفة للمواصفات أو العينات المعتمدة ، يخطر المتعهد بذلك كتابة بالبريد الموصى عليه بعلم

الوصول بأسباب الرفض وبوجوب سحب الأصناف المرفوضة وتوريد بدلها ويجب أن يتم ذلك الاخطار فور صدور قرار اللجنة فى ذات اليوم أو اليوم التالى على الأكثر ، ويلتزم المتعهد بسحب الاصناف المرفوضة خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ اليوم التالى لاختطاره . فاذا تأخر فى سحبها فيكون لجهة الادارة الحق فى تحصيل مصروفات تخزين بواقع ٢٪ من قيمة الأصناف عن كل أسبوع تأخير أو جزء منه ولمدة أقصاها أربعة أسابيع . وبعد انتهاء هذه المدة يكون لجهة الادارة الحق فى أن تتخذ اجراءات بيعها فوراً وأن تخمس من الثمن ما يكون مستحقاً لها ويكون البيع وفقاً لأحكام هذه اللائحة .

مادة ٩١ : يصرف ثمن الأصناف الموردة فى خلال خمسة عشر يوم عمل على الأكثر تحسب من تاريخ اليوم التالى لاتمام اجراءات التحليل الكيمائى أو الفحص الفنى .

مادة ٩٢ : اذا تأخر المتعهد فى توريد كل الكميات المطلوبة أو جزء منها فى الميعاد المحدد بالعقد - ويدخل فى ذلك الاصناف المرفوضة - فيجوز للسلطة المختصة بالاعتماد اذا اقتضيت المصلحة العامة - اعطاء مهلة اضافية للتوريد على أن توقع عليه غرامة قدرها ١٪ عن كل أسبوع تأخير أو جزء من أسبوع من قيمة الكمية التى يكون المتعهد قد تأخر فى توريدها بعد أقصى ٤٪ من قيمة الأصناف المذكورة .

وفى حالة عدم قيام المتهد بالتوريد فى الميعاد المحدد بالعقد أو خلال المهلة الاضافية فيكون لجهة الادارة أن تتخذ أحد الاجرائين التاليين وفقاً لما تقتضيه مصلحة العمل :

(أ) شراء الأصناف التى لم يقم المتعهد بتوريدها من غيره على حسابه سواء بالممارسة أو بمناقصات محلية أو عامة أو محدودة بنفس الشروط والمواصفات المعلن عنها والمتماقد عليها .

ويخصم من التأمين المودع من المتعهد أو من مستحقاته لدى الجهة أو أية جهة إدارية أخرى قيمة الزيادة في الثمن مضافا إليها مصروفات إدارية بواقع ١٠٪ من قيمة الأصناف المشتراه على حسابه وما يستحق من غرامة عن مدة التأخير في التوريد .

أما إذا كان سعر شراء أى صنف يقل عن سعر المتعهد فلا يحق له المطالبة بالفرق . وهذا لا يمنع من تحصيل قيمة غرامة التأخير المستحقة والمصروفات الإدارية .

(ب) انتهاء التعاقد فيما يختص بهذه الأصناف ومصادرة التأمين بما يوازي ١٠٪ من قيمتها والحصول على جميع ما تستحقه الجهة الإدارية من غرامات أو تعويضات عما يلحق بها من أضرار دون حاجة للالتجاء إلى القضاء مع إخطار المتعهد بذلك بكتاب موصل عليه بعلم الوصول .

ولا يجوز للجهة الإدارية شراء الأصناف التي ينتهي التعاقد بشأنها في ذات السنة المالية التي يتم فيها انتهاء التعاقد .

مادة ٩٣ : إذا تأخر المتعهد عن توريد أصناف تعاقد على توريدها إلى ما بعد انتهاء السنة المالية المكلف بالتوريد فيها ، فإنه يجب إخطاره بالفناء المقدر عن الكمية الباقية وتطبيق أحكام البند (ب) من المادة (٩٢) ، ما لم تقرر الجهة الإدارية غير ذلك .

الفصل الرابع

تسلم الأصناف

مادة ٩٤ : يلتزم مدير المخازن طبقاً لأحكام العقد بمتابعة ورود الأصناف واستلامها واجراءات الفحص والتحليل وتسجيل الفواتير والمستندات المخزنية ومتابعة ارسال المستندات الى الحسابات لاتخاذ اجراءات الصرف وبمراعاة أحكام هذه اللائحة .

مادة ٩٥ : يصدر رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص قراراً بتشكيل لجنة الفحص برئاسة مدير المخازن أو مسؤول القسم المختص على أن تضم عضواً فنياً أو أكثر وعضواً عن القسم المطلوبة له الأصناف ورئيس أمناء المخازن .

ويجب أن تجتمع اللجنة خلال خمسة أيام على الأكثر من تاريخ اليوم التالي لوصول الأصناف .

مادة ٩٦ : يلتزم المتمهد على حسابه باحضار العمال اللازمين لفتح الطرود وتسليمها الى أمين المخزن أو لجنة الفحص بحضوره أو بحضور مندوبه في الموعد المحدد . وفي حالة تغلفه فيكون المدير المخازن أو لجنة الفحص الحق في اتخاذ وتصحيح الفاتورة اذا اقتضى الأمر ذلك دون أن يكون للمتمهد حق الاعتراض .

مادة ٩٧ : تقوم لجنة الفحص بفحص نسب مئوية مختلفة تحدد بمعرفة وتحت مسؤوليتها حسب أهمية الصنف وبحيث تكون العينة ممثلة للصنف . وتمتبر اللجنة مسئولة عن مطابقته من جميع الوجوه للمواصفات وللعينة المختومة ، وتحرر محضراً على استمارة الفحص من صورتين تبين فيه النسب المئوية لمقادير الفحص التي فحصتها وأسماء ومواصفات ومقادير الأصناف وأسباب التوصية بالقبول أو الرفض ، ثم يقدم المحضر الى رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص للتصرف .

وفى حالة اعتماد قبول الصنف ترفق نسخة من المحضر اخطار التوريد وفاتورة المتعهد والصورة الأولى من اذن تسلم الأصناف وتحفظ الصورة الأخرى مع صورة الفاتورة فى ملف خاص بإدارة المخازن .

مادة ٩٨ : يكون الفصل فى الخلافات التى تنشأ بين المتعهدين ولجان الفحص أو بين أعضاء لجنة الفحص أنفسهم من سلطة رئيس الادارة المركزية المختص ، وله أن يسترشد فى ذلك برأى لجنة فحص أخرى أو الرجوع الى الجهة التابع لها المندوب الفنى .

مادة ٩٩ : عند ورود أصناف للمخازن من صفقات تزيد قيمتها على ألفى جنيه ويكون قد سبق ارسال عينات عنها عند تقديم العطاءات للمعمل الفنى الحكومى المختص أو تم التعاقد عليها على أساس شروط ومواصفات جهة الادارة ، فتؤخذ عينة منها وتقسّم ان أمكن قسمتها الى قسمين ، والا فتختار عينتان من هذه الأصناف بحضور لجنة الفحص والمتعهد أو مندوبه . أما العينة الأخرى فتختم بخاتم رئيس اللجنة ويوقعها عضوان من أعضائها ويمثل محضر توقيعه لجنة الفحص والمتعهد أو مندوبه بأن هذه العينة مطابقة للعينة المحفوظة لدى رئيس لجنة الفحص ، ثم ترسل للمعمل الكيمايى بعد اعطائها رقما سريا مع ذكر رقم وتاريخ شهادة تحليل المعمل للعينة الأصلية للاسترشاد بها عند الفحص ، وترافق شهادة التحليل مستندات الصرف .

وإذا رفضت الأصناف الموردة الموضوع عليها اسم جهة الادارة فيمعى اسم الجهة منها قبل ردها للمتعهد .

مادة ١٠٠ : بالنسبة للصفقات التى لا تزيد قيمتها على مائتى جنيها للصنف الواحد فى المقد الواحد فيمكن اجراء الفحص والاستلام بمعرفة مدير المخازن أو على مسئوليته وباعتماد رئيس المصلحة المختص . على أنه بالنسبة للأصناف التى تشتترى بطريق الاتفاق المباشر فانه يمكن عند الضرورة أن يتم استلامها وفحصها بمعرفة

مدير المخازن وعلى مسؤوليته واعتماد رئيس المصلحة فيما لا تزيد قيمته على ١٠٠٠ جنيه ورئيس الادارة المركزية المختص لغاية ٢٠٠٠ جنيه وذلك بعد التحقق من مناسبة الثمن ومطابقة الأصناف من حيث النوع والموصفات للفرض المطلوبة من أجله .

مادة ١٠٩ : يجب على الجهات التى تقوم بتحليل الأصناف الموردة أو بفحصها فنيا أن تبين فى تقارير التحليل أو الفحص ما أسفر عنه عملها مقارنا بما هو مدون بالشروط والموصفات المتعاقد على أساسها وتلتزم جهة الادارة بالأخذ دائما بهذه النتائج ورفض الأصناف التى لا تطابق المواصفات أو العينات المتعاقد على أساسها .

على أنه يجوز قبول الأصناف غير المطابقة اذا كانت نسبة النقص أو المخالفة لا تزيد على ٢٠٪ عما هو مطلوب بالموصفات المتعاقد على أساسها بشرط أن تكون الحاجة ماسة لقبول الصنف أو الأصناف رغم ما بها من نقص أو مخالفة وأن يكون السعر بعد الخفض مناسباً لمثيله فى السوق .

ويجب أن تقرر لجنة الفحص صلاحية الأصناف للأغراض المطلوبة من أجلها وأنه لن يترتب على قبولها ضرر بالجهة ، كما تحدد اللجنة مقدار الخفض فى الثمن المقابل للنقص أو المخالفة .

ويجوز للجنة الفحص الاستمانة بفنى أو أكثر من الجهات الفنية المختصة اذا رأت ضرورة لذلك ، ويراعى الآتى :

١ - الأصناف التى تكون نسبة النقص فى مواصفاتها لغاية ٣٪ يكون قبولها بخصم مقدار الخفض فى الثمن الذى قدرته اللجنة .

٢ - الأصناف التى تكون نسبة النقص فى مواصفاتها أكثر من ٣٪ لغاية ١٠٪ يكون قبولها بخصم مقدار الخفض فى الثمن الذى قدرته اللجنة مضافا إليها غرامة قدرها ٥٠٪ من هذا المقدار .

٣ - الأصناف التى تكون نسبة النقص فى مواصفاتها أكثر من ١٠٪ لغاية ٢٠٪ يكون قبولها بخصم مقدار الخفض فى الثمن الذى قدرته اللجنة مضافا إليها غرامة مقدارها ١٠٠٪ من هذا المقدار .

على أن يكون القبول بموافقة لجنة البت وسلطة الاعتماد ،
وبشرط أن يقبل المورد كتابة هذا الخصم والا فرفض الصنف وتطبق
أحكام هذه اللائحة •

مادة ١٠٢ : الأصناف التي تقدم بصفة « هبات » غير مقيدة
بشرط يمكن قبولها بموافقة رئيس المصلحة ويحرر عنها كشف
يعتمده ، بعد تقدير ثمنها بمعرفة لجنة ، وتضاف بحساب المخازن
كالأصناف المشتراة على أن يبين الثمن المقدر لها في خانة الملاحظات
ويكتب أمامها في خانة الثمن « بدون مقابل » ويتبع هذا أيضا فيما
يختص بالأصناف الواردة بصفة عينات •

ويجب الرجوع الى الوزير المختص فيما يتعلق بالهبة المقيدة
بشروط وبالأوقاف والوصايا •

مادة ١٠٣ : عند ورود أصناف مباشرة من الخارج تقوم لجنة
الفحص بمراجعتها على الوارد بالفاتورة بعد التأكد من «إلامة الاختام
والعلامات أو الصناديق الواردة بداخلها الأصناف ، ويحرر محضر
فحص عن ذلك على الاستمارة الخاصة بذلك تثبت فيه ما قد تجده من
نقص أو كسر أو تلف ، ثم يحزر عنه محضر خاص على الاستمارة
١٨٨ (حسابات) لاتخاذ الاجراءات اللازمة نحوه مع مراعاة المواعيد
التي تحددها شركات التأمين في حالة التأمين على البضاعة حفظا لحق
الحكومة في استيفاء قيمة التأمين والا التزم به المتسبب في فسوات
هذه المواعيد •

وتضاف الأصناف بالمخزن حسب الوارد بالفاتورة بنقض النظر
عما تجده اللجنة فيها من نقص أو كسر أو تلف •

على أن يخصم مقدار المجر أو التلف من المهددة بموجب الاستمارة
(١١١ ع - ح) وتجرى التسويات الحسابية اللازمة وفقا للقواعد
المالية المعمول بها •

وفى حالة تمذر فتح الصناديق وازافتها حسب الوارد بالفاتورة
لأسباب اضطرارية يقرها كتابة رئيس المصلحة المختص يتبع الآتى:

١ - تضاف تلك الصناديق بأذن اضافية مؤقتة بالحالة التي هي عليها اجمالا بمهدة موظفين مسؤولين بعد ختمها بخاتم مدير المخازن بطريقة تضمن سلامة الأختام حتى يعاد فتحها .

٢ - عند امتحان اذون الاضافة المؤقتة السابق الاشارة اليها ترافق صورة منها مستندات الصرف لامكان ازالة المبالغ السابق الخصم بها من الحساب المختص .

القسم الخامس

بيع المنقولات وتأجير المقاصف وغيرها

الفصل الأول

الأحكام العامة

مادة ١٠٤ : لا يجوز بيع الأصناف الجديدة الا للوزارات والمصالح ووحدات الادارة المحلية والهيئات العامة .

واستثناء من ذلك يجوز بيعها لغير هذه الجهات فى الأحوال الآتية :

١ - الأصناف التى يصرح ببيعها من الوزير المختص أو من يتولى اختصاصاته .

٢ - المينآت النموذجية التى تعدها جهة الادارة ، على ألا تباع الا للذين يشترون أوراق المطامات الخاصة بالأصناف المطلوب توريدها .

٣ - الملابس والتجهيزات العسكرية ولوازم أفراد القوات المسلحة والشرطة وفقاً لأحكام اللوائح الخاصة وكذلك الأدوات التى يحتاجها العاملون فى الصحراء والحدود .

٤ - الأصناف المصرح لبعض الوحدات الادارية بشرائها بقصد بيعها للهيئات والأفراد .

٥ - الادوية الاسعافية والضرورية التى ترخص ببيعها وزارة الصحة لظروف خاصة .

٦ - الأمصال واللقاحات البيطرية والمواد البيولوجية الشخصية التى ترخص ببيعها وزارة الزراعة الى الدول العربية والأجنبية .

٧ - الأصناف المعروضة بغير البيع ببعض الوزارات والمصالح والورش .

٨ - الكتب وغيرها من المطبوعات والخراطط والنشرات
المعدة للبيع *

وفى هذه الحالات الاستثنائية يكون البيع بدون مزايدة فى الحدود
التي نص عليها قانون وتنظيم المناقصات والمزايدات على أن
يراعى الآتى :

(أ) تباع الأصناف فى الحالات الواردة بالبنود (١) الى (٥)
بالسعر المقيدة به فى الدفاتر مع اضافة ١٠٪ مصروفات ادارية
بائنسة لما يباع منها الى الجهات المبينة فى هذه المادة ، ٢٠٪ بالنسبة
لما يباع لغيرها *

(ب) تباع الأصناف فى الحالات المشار اليها فى البنود (٦ ، ٧ ،
٨) بالسعر الذى تحدده لجان تامين تشكلها الجهات الپائئة لهذا الفرض
على أن تبين الأسس التى استندت اليها فى تحديد السعر وأن يعبر
بالسعر المحدد للبيع قرار من الوزير المختص *

مادة ١٠٥ : يكون رئيس الادارة المركزية المختص مسئولا عن اتخاذ
الاجراءات اللازمة وفقا لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزیدات
ولائحته التنفيذية لبيع الأصناف غير الصالحة للاستعمال أو التى
يخشى عليها من التلف أو التى بطل استعمالها وكذا الأصناف الزائدة
على الحاجة ، على أن يراعى فى اصدار الترخيص باتخاذ اجراءات
البيع ضرورة وأهمية أن يتضمن ذلك الترخيص الأسباب التى
ترتب عليها وجود مثل هذه الأصناف بالمخازن ، ويجب تحديد
المسؤولية اذا ما تركت مثل هذه الأصناف بالمخازن لمدة تزيد على
سنة مالية وذلك تجنباً لوجود راکد على ن تعرض النتيجة فى هذه
الحالة على الوزير المختص *

مادة ١٠٦ : يشكل بقرار من رئيس الادارة المركزية أو رئيس
المصلحة المختص لجنة من العاملين المختصين تقوم بتصنيف المهمات
والأصناف المعروضة للبيع الى صفقات مع مجموعات متجانسة
ليتسنى لأکبر عدد ممكن من المتزايدين المنافسة فى الشراء ، واعطاء

مواصفات كافية لمنع أى تغيير يمكن أن يعمل فى تقسيم الصفقات أو تصنيفها وإثبات هذه البيانات تفصيليا بمحضر يسلم الى رئيس لجنة التثمين .

ويجب أن يراعى فى تقسيم الأصناف الى مجموعات (عملية التلطيح) أن يكون حجم كل مجموعة (لوط) مناسباً بحيث يسمح باشتراك أكبر عدد من المتنافسين يحول دون قيام احتكارات .

مادة ١٠٧ : يصدر رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص قراراً بتشكيل لجنة التثمين برئاسة موظف مسئول وعضوية مدير المخازن أو من ينيبه عنه ومندوب من الحسابات وموظف فنى أو أكثر من الجهة ذاتها أو من جهات أخرى لها ارتباط وثيق بالأصناف المرغوب فى بيعها ، وأن يصحب اللجنة أمين المخازن لإرشادها الى الأصناف المراد بيعها دون أن يشترك فى عملية التثمين .

وعلى اللجنة أن تسترشد بأثمان البيع السابق وبحالة السوق مع مراعاة حالة الأصناف أو تكلفة الحصول عليها أو عمرها الاستعمالي والنسب المقررة لهلاكها وغيرها من عناصر تقدير الثمن بما يكفل تحقيق المصلحة المالية للدولة .

ويعتبر هذا التقدير ثمناً أساسياً للبيع بعد اعتماده من رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص .

ويجب مراعاة السرية التامة فيما يختص بالثمن الأساسى الذى تقدره اللجنة ، ويوضع تقريرها داخل مظروف مقفل مختوم بالشمع الأحمر بخاتم جهة الادارة مع توقيع رئيس اللجنة بجواره ومعه لجنة التصنيف ويسلم لرئيس لجنة البيع لفتحه بحضور لجنة البيع .

الفصل الثانى

طرق واجراءات التعاقد

مادة ١٠٨ : يعلن عن المزايدة العلنية العامة طبقا لذات الاجراءات والحدود التى يجرى بها الاعلان عن المناقصة العامة ، على أن يتضمن الاعلان البيانات والمواصفات عن الأصناف المعروضة للبيع .

واذا كانت جهة الادارة متعاقدة مع متعهد لعملية البيع فانه يقوم باجراءات الاعلان على حسابه طبقا لشروط تعاقد مع جهة الادارة على أن يكون من المقيدین بسجل الخبراء المشتمين بوزارة التجارة وتقتصر مهمته على القيام بأعمال الدلالة .

مادة ١٠٩ : يجب أن ينص فى الشروط الخاصة بالبيع على ما يأتى :

١ - يدفع المتزايدون قبل الدخول فى المزاد العلنى مبلغا معينا يقدره رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص حسب أهمية الصفقات المعروضة للبيع وذلك كتأمين مؤقت .

٢ - يجب على من يرسو عليه المزاد أن يكمل التأمين المؤقت الى ٣٠٪ من ثمن الصفقة وذلك بمجرد رسو المزاد .

٣ - يجب على من رسا عليه المزاد أداء باقى الثمن خلال عشرة أيام من تاريخ اخطاره برسو المزاد عليه ، ويجوز بموافقة رئيس الادارة المركزية أو رئيس المصلحة المختص اعطاء مهلة اضافية قدرها عشرة أيام اذا كان ذلك فى صالح الخزنة : فاذا تأخر عن تلك المدة فيصادر الضمان المدفوع منه ويصبح المقد مفسوخا دون حاجة الى اتخاذ أية اجراءات قضائية .

وتطرح الصفقة للبيع مرة ثانية وفقا لأحكام هذه اللائحة .

٤ - اذا تأخر من رسا عليه المزاد فى تسلم الأصناف خلال عشرة أيام من تاريخ أدائه الثمن فيحصل منه مصروفات تخزين بواقع ٢٪

عن كل أسبوع تأخير وجزء من أسبوع • وفى نهاية الأسبوع الثالث من التأخير يحق لجهة الادارة أن تتخذ اجراءات بيع الأصناف لحسابه فى أقرب فرصة ممكنة • ويكون البيع وفقا لأحكام هذه اللائحة • وفى هذه الحالة يحاسب على النقص فى الثمن ومصروفات التخزين عن مدة بقاء الأصناف لحين الانتهاء من اجراءات بيعها ومصروفات ادارية بواقع ١٠٪ من ثمن البيع الجسدي ولا يرد اليه أية زيادة تكون قد تحققت فى ثمن البيع •

٥ - ان الكميات المعروضة للبيع تحت المعز والزيادة حسب ما يسفر عنه التسليم الفعلى •

مادة ١١٠ : تعتمد قرارات وتوصيات لجنة البيع أو التأجير فى المزايدة العلنية العامة من ذات ملطات الاعتمادات المنصوص عنها بهذه اللائحة التنفيذية بالنسبة للمناقصات العامة •

وعلى لجنة البيع أن تذكر للمتزايدى وزن الصفقة أو عددها أو مقاسها وكذا مواصفاتها تفصيليا حسبما هو وارد بمحضر لجنة التصنيف كل صنف على حدة دون ذكر الثمن الأساسى ، ثم تحرر محضرا بأجرائها تبين فيه قيمة التأمين المؤدى من كل من المتزايدى وما رد لأربابه ، ثم تدون مفردات البيع على الاستمارة المعدة لذلك وترافقها قسيمة التحصيل • ويجوز للسلطة المختصة بالاعتماد أن تفوض لجنة البيع فى التعاقد مباشرة •

مادة ١١١ : فى حالة اجراء البيع بطريق المظاريف المغلقة تطبق ذات القواعد والاجراءات والسلطات المنصوص عليها بهذه اللائحة بشأن الشراء بالمناقصات العامة •

مادة ١١٢ : يكون بيع الأصناف المسعرة جبريا بطريق المزايدة بمظاريف مغلقة ، ويذكر فى الاعلان أن البيع سيكون بالسعر الجبرى لأحاب النظام الأول غير المقترن بتحفظات الذى يقدم عن الكمية كلها ، وأنه فى حالة عدم وجود عطاءات من هذا القبيل سيفضل النظام المقدم عن أكبر كمية من الصنف ، ثم ما يليه من عطاءات

مرتبة ترتيبا تنازليا فيما يتعلق بالكمية المطلوب شراؤها وترتيبها زمنيا لوصول الطلبات المتعددة في الكمية بحيث يفضل أقدمها تاريخا . ويشترط أن تكون العطاءات مصحوبة بتأمين تحدد جهة الادارة نسبتة من السعر الجبرى المقرر للصنف مع تحديد آخر ميعاد لقبول الطلبات .

وبمجرد حلول هذا الميعاد تتولى لجنة المظاريف فتحها ثم تفرغ العطاءات وتعرض نتيجة التفريغ على لجنة البت في العطاءات للبت فيها وفقا للقواعد الواردة في اعلان النشر .

أما ما لم تستطع جهة الادارة بيعه بالسعر الجبرى فتتخذ نحوه الاجراءات المقررة للبيع بالمزاد العلنى على أن يكون السعر الجبرى هو الحد الأقصى عند البيع بالمزاد .

مادة ١١٣ : يكون البيع أو التأجير بطريق المزايدة فيما لا يزيد قيمته على ٤٠٠٠٠ جنيه (أربعين ألف جنيه) وتعتمد نتيجة المزايدة المحلية من رئيس المصلحة لغاية ٢٠٠٠٠ جنيه (عشرون ألف جنيه) ورئيس الادارة المركزية لغاية ٤٠٠٠٠ (أربعون ألف جنيه) .

ويتبع بشأن المزايدة المحلية كافة القواعد الخاصة بالبيع بطريق المزايدة العلنية العامة فيما عدا الاعلان اذ يكتفى في هذه الحالة بتوجيه الدعوة الى المتزايدين المحليين المقيدين بالسجل الخاص بجهة الادارة عن طريق خطابات بالبريد الموصى عليه يعلم الوصول ، على أن تتضمن الدعوة كافة البيانات اللازمة عن الأصناف المعدة للبيع والتاريخ المحدد لاجراء المزايدة ، على أن يكون الاخطار قبل التاريخ المحدد لاجراء المزاد بأسبوع واحد على الأقل يحسب من تاريخ اليوم التالى لتوجيه الاخطارات .

مادة ١١٤ : تلتفى المزايدة بقرار مسبب من سلطة الاعتماد المختصة في الحالات المنصوص عنها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات ، ويجب على جهة الادارة في حالة الغاء المزايدة أن تتبع

احكام اجراءات بيع الأصناف من جديد سواء بالمزايدة أو الممارسة
وفقا لأحكام هذه اللائحة وبمراعاة حالة السوق .

مادة ١١٥ : ترد التأمينات الابتدائية المؤداة من المتزايدين الذين
لم يرس عليهم المزاو بعد سحب ايصالات التأمين المؤقت موقعة منهم
بتسليم القيمة .

مادة ١١٦ : يكون التصرف بالبيع أو التأجير بطريق الممارسة
وفقا لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات بقرار من رئيس
الادارة المختص . وتسرى بشأنه ذات القواعد والاجراءات والسلطات
التي تنظم الشراء بطريق الممارسة والمنصوص عنها بهذه اللائحة
التنفيذية . ويجب أن توجه الدعوة الى أكبر عدد من الممارسين
المقيدين بسجلات الجهة الادارية .

مادة ١١٧ : يكون البيع بطريق الاتفاق المباشر للجهات الخاضعة
لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات بشرط ألا يقل ثمن البيع
عن السعر الأساسي الذي قدرته لجنة التثمين المنصوص عليها في هذه
اللائحة مضافا اليه ١٠٪ مصاريف ادارية .

كما يجوز عند الضرورة بترخيص من السلطة المختصة بالاعتماد
التصرف بالبيع بطريق الاتفاق المباشر لغير تلك الجهات اذا لم تزد
انقيصة على ١٠٠٠ ج (ألف جنيه) بالنسبة للمصفقة الواحدة في
الحالتين الآتيتين

(أ) الأصناف التي يخشى عليها من التلف ببقاء تخزينها .

(ب) حالات الاستعمال الطارئة غير المنظورة مما لا تحتل وقت
واجراءات المزايدة أو الممارسة .

ويشترط في هذه الحالة ألا يقل ثمن البيع عن السعر الأساسي .

مادة ١١٨ : يكون تسليم الأصناف المباعة بمعرفة لجنة يرأسها
موظف مسئول يندبه رئيس المصلحة وعضوية أمين المخزن المختص
وموظف يندبه مدير المخازن من غير أمناء المخازن ومندوب من

الحسابات ، وعلى اللجنة مراعاة أن يكون التسليم حسب التقسيم الذى أجرته لجنة التصنيف من حيث الكمية والمواصفات ومما أسفرت عنه قرارات البيع .

مادة ١١٩ : يجب على الجهة الادارية البائثة أن تبلغ بصلحة الضرائب بجميع ما يباع من منقولات لغير الوحدات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ويجب أن يتضمن التبليغ البيانات التالية :

- ١ - اسم المشتري ثلاثيا وصفته وعنوانه بالكامل .
- ٢ - رقم البطاقة الشخصية أو المائلية وتاريخ اصدارها وجهته .
- ٣ - رقم السجل التجارى أو الصناعى أو المهنى الخاص بالمشتري ورقم بطاقته الضريبية .

٤ - قيمة المنقولات المباعة ونوعها .

١٢٠ : يكون تأخير المقاصف وغيرها بطريق المزايدة فى حدود القواعد المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات وبهذه اللائحة التنفيذية بشأن المكان المطلوب تأجيله بمراعاة آخر قيمة ايجارية وايجار المثل وغيرها من العناصر المؤثرة .

ويجوز تأجيل المقاصف الكائنة بالجهات الادارية للمجمعيات التعاونية التى تضم العاملين بها اذا كان ذلك يدخل فى نشاطها بطريق الاتفاق المباشر وبترخيص واعتماد السلطة المختصة اذا لم تزد القيمة على ١٠٠٠ ج (ألف جنيه) فى السنة .

ويجب فى جميع الحالات ألا تتجاوز مدة التأجير ثلاث سنوات يعاد بمددها النظر فى القيمة الايجارية بمعرفة اللجنة المختصة ، وتتخذ اجراءات التعاقد من جديد فى حدود أحكام هذه اللائحة .

رابعاً - مشروع تقنين عقود الإدارة^(١)

(بعد الديباجة)

قرر القانون الآتى :

- مادة ١ - يعمل بالقانون المرافق بشأن عقود الإدارة .
- مادة ٢ - تسرى أحكام هذا القانون على الوزارات والمصالح الحكومية .
- كما تسرى على المؤسسات العامة والمجالس المحلية فيما لم يرد بشأنه نص خاص في نظمها .
- مادة ٣ - تصدر اللائحة التنفيذية لهذا القانون بقرار من رئيس الجمهورية .
- مادة ٤ - ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به من ... ويلغى كل حكم يخالف أحكامه .

(١) أعدته اللجنة المشكلة من :

- ١ - الأستاذ عادل عزيز زخارى - المستشار بمجلس الدولة .
 - ٢ - الدكتور سليمان الطماوى - الأستاذ بكلية الحقوق .
 - ٣ - الأستاذ محمود الشربينى - المستشار بمجلس الدولة .
- ووافقت عليه اللجنة العامة لتشريعات الادارية . وبالرغم من أن القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ قد خذ بكثير من الأحكام التى وردت فى المشروع ، فإن كثيراً من الأحكام الموضوعية لم ترد فى القانون المشار اليه . ولهذا فانتنا نورد المشروع كما أقرته اللجنة ، لأنه يجسد النظرية العامة فى العقود الادارية .

الباب الأول

وسائل تعاقد الإدارة

الفصل الأول

التعاقد عن طريق المناقصات

مادة ١ - تبرم العقود الآتية عن طريق المناقصات :

- (أ) عقود الأشغال العامة .
- (ب) عقود توريد وشراء المواد والأدوات .
- (ج) عقود النقل .
- (د) العقود المتعلقة بصناعة المنقولات .

على أنه في الحالات التي يحظر فيها التعامل مع غير شركات القطاع العام يكون التعاقد عن طريق الممارسة ، الا اذا تمددت فيكون التعاقد عن طريق المناقصة المحدودة وذلك مع عدم الاخلال بأحكام الفصل الثالث^(١) .

مادة ٢ - المناقصات اما أن تكون عامة أو محدودة أو محلية^(٢) .

مادة ٣ - تخضع المناقصات العامة لمبادئ العلانية في الاجراءات والمساواة وحرية المنافسة للمتنافسين^(٣) .

مادة ٤ - تسرى على المناقصة المحدودة أحكام المناقصة العامة بصفة مطلقة مع قصر الاشتراك فيها على أشخاص أو مؤسسات معتمدة أسماؤها في كشوف وسجلات تقررها الجهة الادارية المختصة وفقا لما تنص عليه اللائحة التنفيذية وذلك بعد التحرر عنها لتفوقها وكفايتها في النواحي المالية والفنية وتمتتها بحسن السمعة . وتبرم

(١) أصلها المادة الأولى من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ الخاص بالمناقصات والمزايدات والفقرة الأخيرة مستحدثة .

(٢) أصلها المادة الأولى من لائحة المناقصات والمزايدات .

(٣) أصلها المبادئ العامة في العقود الادارية .

بهذه الطريقة العقود التي يكون من المخطورة اخضاعها لقاعدة المنافسة المطلقة لتطبيقها الخاصة أو لظروف ابرامها^(١) .

مادة ٥ - تسرى على المناقصة المحلية - فيما عدا ما تنص عليه اللائحة التنفيذية - قواعد المناقصة المحدودة مع قصر الاشتراك فيها على مؤسسات أو أشخاص محليين مقيدين في السجل التجارى .
وتبرم بهذه الطريقة - عند الضرورة - العقود التي لا تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنية^(٢) .

مادة ٦ - يجوز فى الأحوال التى يحددها القانون أو عند الضرورة أن يتم التعاقد بدون مناقصات فى الحدود والأوضاع التى تبينها اللائحة التنفيذية^(٣) .

مادة ٧ - تضع الجهة الادارية المختصة المواصفات والشروط المتعلقة بالمقد المزعم ابرامه ، ولها أن تستعين بالجهات الفنية التابعة لجهات ادارية أخرى ، ومع ذلك يجوز للجهة الادارية أن تلجأ الى الفنيين أو الى الجهات الفنية الخاصة للاستعانة بها فى وضع الشروط والمواصفات^(٤) .

مادة ٨ - تبين اللائحة التنفيذية وسائل وسدد الاعلان عن المناقصات ، على أنه فى حالات المناقصات المحددة يجب علاوة على ذلك اخطار المدرجة أدماؤهم فى السجلات الادارية بكتب مسجلة مصحوبة بعلم وصول^(٥) .

مادة ٩ - تعد كل جهة ادارية قائمة تضمناها أسماء المتنوعين من الاشتراك فى المناقصات التى تجريها سواء أكان المتع بنصوص خاصة

(١) أصلها المادة الثالثة من لائحة المناقصات والمزايدات .

(٢) أصلها المادة الرابعة من لائحة المزايدات والمناقصات .

(٣) أصلها المادة الأولى من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه .

(٤) هذه المادة مستحدثة .

(٥) أصلها المادة ١٣ من القانون رقم ٢٣٦ من السنة ١٩٥٤ المشار اليه .

في القوانين أم لسبق صدور قرارات ادارية بالمنع للأسباب المبينة
باللائحة التنفيذية^(١) .

مادة ١٠ - للجهة الادارية المختصة أن تضمن دفتر الشروط
العامة أحوال الحرمان من الائتمراك في المناقصة لأسباب ترجع الى
الجنسية أو الكفاية الفنية أو المقدرة المالية أو النظام العام^(٢) .

مادة ١١ - تبين اللائحة التنفيذية الشروط الواجب توافرها في
مقدمى العروض والأحكام التى يتعين عليهم اتباعها عند اعداد
عروضهم^(٣) .

مادة ١٢ - يكون مقدم العرض ملتزما به من وقت تصديره الى
الجهة الادارية المختصة ولا يجوز مقدمه سحبه أو تعديله ، ويبقى
نافذ المفعول للمدة المتفق عليها بين الطرفين . ومع ذلك فلمقدم
العرض أن يعدل فيه بما يجعله أفضل من الناحية المالية بشرط أن
يصل التعديل كتابة الى الجهة الادارية المختصة قبل موعد جلسة فتح
المظاريف^(٤) .

مادة ١٣ - يكون ارساء المناقصة على صاحب أفضل عرض من
الناحية المالية ، ومع ذلك يجوز فى العقود ذات الطابع الفنى الخاص
أو التى يترك فيها للمتقدمين بعض الحرية فى تحديد أو تعديل
المشروع أو المواصفات التى وضعتها الادارة أن يكون ارساء المناقصة
على أساس الموازنة بين السعر والاعتبارات الفنية للمينة أو الأنموذج
أو المشروع . ويبين دفتر الشروط أسس هذه الموازنة^(٥) .

مادة ١٤ - تتولى فحص العروض لجنتان : تقوم أحدهما بفتح
المظاريف وفحص العروض وتقوم الثانية بالبت فيها . وتبين اللائحة
التنفيذية طريقة تشكيل كل من هاتين اللجنتين ، على أن يشترك

(١) هذا النص مستحدث ،

(٢) هذا النص مستحدث .

(٣) أصلها المواد من ٣٤ الى ٣٦ من لائحة المناقصات والمزايدات .

(٤) أصلها المادة ٣٩ من لائحة المناقصات والمزايدات .

(٥) أصلها المادة السادسة من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه .

فى عضوية لجنة البت أحد أعضاء مجلس الدولة وممثل لوزارة الخزانة متى زادت قيمة العقد على المبلغ الذى تمينه اللائحة التنفيذية . ولا يكون انعقاد لجنة البت صحيحا الا بحضور العضوين المشار اليهما فى الحدود المقررة^(١) .

مادة ١٥ - تتولى لجنة فتح المظاريف فى جلسة علنية تفريغ المروض فى كشوف خاصة بالطريقة التى تبينها اللائحة التنفيذية . وتستبعد هذه اللجنة المروض المقدمة من الأشخاص المدرجة أسماؤهم فى قائمة المتنوعين من الاشتراك فى المناقصات .

وتقدم المروض الى لجنة البت مشفوعة بملاحظات رئيس المصلحة أو الفرع المختص ، ويجب أن تتضمن هذه الملاحظات ابداء رأى فى أصحاب المروض من حيث كفايتهم المادية والفنية وحسن السمعة . وإذا رأى رئيس المصلحة أو الفرع المختص استبعاد عرض أو أكثر فيجب أن يكون رأيه مسببا ، كما يجب أن يكون قرار اللجنة بالاستبعاد مسببا اذا كان العرض المستبعد هو أقل عرض^(٢) .

مادة ١٦ - تتولى لجنة البت :

(أ) التأكد من مطابقة كشوف التفريغ للمروض ذاتها ، وعليها أن تفحص المينات أو النماذج أو المشروعات والأسعار وتقارنها بعضها ببعض .

(ب) استبعاد غير المرغوب فيهم لأسباب تتعلق بالصالح العام أو حسن تنفيذ العقد .

(ج) استبعاد المروض غير المستوفاة للشروط المنصوص عليها فى اللائحة التنفيذية أو فى دفتر الشروط العامة .

(د) تعيين صاحب أفضل عرض .

ويكون قرار اللجنة فى الحالات الثلاث الأخيرة مسببا^(٣) .

(١) أصلها المادة الثانية من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليها .

(٢) أصلها المواد ٥٨ و ٦٠ و ٦١ من لائحة المناقصات والزائدات .

(٣) أصلها المادة ٦٧ من لائحة المناقصات والزائدات .

مادة ١٧ - إذا تساوى عرضان أو أكثر فضل العرض المقدم من وطني عن العرض المقدم من أجنبي ، وتفضل المنتجات الوطنية على مثيلاتها الأجنبية ، وتبين اللائحة التنفيذية حدود هذه المفاضلة .
وإذا تساوى عرض إحدى شركات القطاع العام مع عرض آخر فضلت شركة القطاع العام .

ويكون التفضيل بين شركات القطاع العام عند تساوى العروض بحسب نسبة مساهمة الحكومة أو المؤسسة العامة فيها بحيث تفضل الشركة التي تكون نسبة المساهمة فيها أكبر . وفي حالة تعذر المفاضلة وفقا للقواعد السابقة ، يجوز تجزئة المقادير أو المشروع بين مقدمي العروض المتساوية إذا كان ذلك في صالح العمل .

مادة ١٨ - لا يجوز بعد فتح المظاريف الدخول في مفاوضات مع أحد مقدمي العروض في شأن تعديل عرضة . ومع ذلك إذا كان العرض الأقل مقترنا بتحفظ أو تحفظات وكان أقل عرض غير المقترن بشئ من ذلك تزيد قيمته الرقمية كثيرا عن العرض المقترن بتحفظات جاز التفاوض مع مقدم أقل عرض مقترن بتحفظات لينزل عن كل تحفظاته أو بعضها بما يجعل عرضه متفقا مع شروط المناقصة بقدر الامكان ، وبما لا يدع مجالا للشك في أنه أصح من العرض غير المقترن بأي تحفظ ، فإذا رفض فيجوز التفاوض مع من يليه بحيث لا تجرى مفاوضات في التعديل مع صاحب عرض إلا إذا رفض هذا التعديل جميع مقدمي العروض الأقل منه .
وإذا كانت العروض كلها مقترنة بتحفظات ، فيجوز التفاوض مع صاحب أقل عرض لينزل عن كل تحفظاته أو بعضها بما يجعل عرضه متفقا مع شروط المناقصة بقدر الامكان^(١) .

ولا تجرى المفاوضات إلا بناء على قرار رئيس الجهة الإدارية المختصة بعد موافقة لجنة البت ، وتكون اللجنة في هذه الحالة برئاسة وكيل الوزارة المختص^(٢) -

(١) أصلها المادة ٧ من لائحة المناقصات والمزايدات .

(٢) أصلها المادتان ٤ و ٥ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار إليه .

مادة ١٩ - إذا تضمنت المناقصة عروضاً تخيرية أو أكثر من طريقة للتنفيذ فيجب عند المفاضلة بينها مراعاة جملة الأسعار عن كل عرض ، ثم تجرى المفاوضة للنزول بالعرض الذى استقر عليه رأى الجهة الادارية المختصة الى اقل سعر فى العروض غير المستبعدة ، فإذا رفض فيجربى التفاوض مع من يليه وذلك الا اذا أعلنت الجهة الادارية المختصة قبل فتح المظاريف الطريقة التى ستختارها فى التنفيذ^(١) .

مادة ٢٠ - يجوز بقرار مسبب من رئيس الجهة الادارية المختصة بعد أخذ رأى لجنة البت الغاء المناقصة واعادة طرحها فى إحدى الحالات الآتية :

(أ) اذا قدم عرض واحد أو لم يبق بعد العروض المستبعدة الا عرض واحد .

(ب) اذا اقترنت العروض كلها أو أكثرها بتعفظات .

(ج) اذا كانت قيمة العرض الأقل تزيد على القيمة بالسوق^(٢) .

مادة ٢١ - فى الحالات المنصوص عليها فى البندين أ ، ب من المادة السابقة اذا لم يبق سوى عرض واحد ورأى رئيس الجهة الادارية المختصة ألا فائدة ترجى من اعادة المناقصة وأن العرض الواحد المقدم مناسب ومطابق للشروط ، وأن حاجة العمل لا تسمح باعادة المناقصة ، جاز له بعد موافقة لجنة البت قبول ذلك العرض متى كانت قيمته لا تجاوز الحدود المبينة فى اللائحة التنفيذية^(٣) .

مادة ٢٢ - تُلغى المناقصة بقرار مسبب من رئيس الجهة الادارية المختصة بعد النشر عنها وقبل التعاقد اذا استغنى عنها نهائياً^(٤) .

مادة ٢٣ - اذا لم يستغن عن المناقصة أو لم تلغ لسبب من الأسباب المبينة بالمادة ٢٠ فيجب التعاقد مع من تعينه لجنة البت وفقاً للأحكام السابقة^(٥) .

(١) هذا النص مستحدث .

(٢) أصلها المادة ٢ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ .

(٣) أصلها المادة ٦٩ من لائحة المناقصات والمزايدات .

(٤) أصلها المادة ٧ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه .

(٥) هذا النص مستحدث .

الفصل الثاني

التعاقد عن طريق المزايدات العامة

مادة ٢٤ - تبرم العقود الآتية عن طريق المزايدات العامة :

(أ) التصرف بمقابل في أموال الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى .

(ب) الترخيص في استغلال أموال الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة الأخرى ، وذلك كله في غير أحوال التي يحددها القانون^(١) .

مادة ٢٥ - تخضع المزايدات العامة للمبادئ التي تحكم المناقصات العامة المنصوص عليها في المادة ٢ وكذلك الأحكام التي تبينها اللائحة التنفيذية^(٢) .

مادة ٢٦ - إذا كانت الأصناف المرغوب في بيعها مسعرة أو محددة الربح فلا يلجأ الى طريقة البيع بالمزايدة العامة الا اذا لم تستطيع الحكومة بيعها بالسعر المقرر ، على أن يتم البيع في حدود هذا السعر .

وتبين اللائحة التنفيذية اجراءات بيع مثل هذه الأصناف بغير طريق المزايدة^(٣) .

مادة ٢٧ - تتولى اجراء المزايدة والبت في نتيجتها - اذا تمت بغير طريق المظاريف - لجنة تشكل بالطريقة المنصوص عليها في اللائحة التنفيذية . أما اذا تمت بطريق المظاريف فتتبع في هذا الشأن اجراءات المناقصة العامة^(٤) .

(١) أصلها المادة ١٢ من القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه .

(٢) أصلها المادة ١٢ من القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه .

(٣) أصلها المادة ١٤٩ من لائحة المناقصات والمزايدات .

(٤) أصلها المادة ١٥١ من لائحة المناقصات والمزايدات .

مادة ٢٨ - يكون ارساء المزايدة على من يقدم أكبر عرض من الناحية المالية مستوف للشروط ، ومع ذلك فاذا كانت جميع العروض مقترنة بتحفظات ، جاز ارساء المزايدة على صاحب أفضل عرض طبقاً للأحكام الواردة بالمادة ١٨^(١) .

مادة ٢٩ - اذا تساوى عرضان أو أكثر كان التفضيل بين المتزايدين وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المادة ١٧^(٢) .

مادة ٣٠ - يجوز الغاء المزايدة واعادة اجرائها في الحالات الآتية :

(أ) اذا لم تقدم في المزايدة ثلاثة عروض مستوفية للشروط .

(ب) اذا لم تصل نتيجة المزايدة الى الثمن الأساسى المعلن عنه ، وفى هذه الحالة يجوز خفض الثمن الأساسى فى المزايدة الجديدة بنسبة مئوية لا تتجاوز ١٠٪ ، فاذا لم تصل نتيجة المزايدة الجديدة الى الحد المخفض فتتبع القواعد المنصوص عليها فى اللائحة التنفيذية .

(ج) اذا كانت قيمة العرض الأفضل تقل عن القيمة بالسوق .

مادة ٣١ - تُلغى المزايدة بقرار مسبب من رئيس الجهة الادارية المختصة بمد النشر عنها وقبل التعاقد اذا استغنى عنها نهائياً^(٣) .

(١) هذا النص مستحدث .

(٢) أصلها المادة ١١ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه .

(٣) أصلها المادة ٧ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه والمادة ١٤٢ من لائحة المناقصات والمزايدات .

الفصل الثالث

في التعاقد بطريق الممارسة

- مادة ٢٢ - يجوز التعاقد بطريق الممارسة في جميع الحالات التي لا يستلزم القانون فيها اتباع طريق المناقصة أو المزايدة^(١) .
- مادة ٢٣ - يجوز بقرار من الجهة الادارية المختصة ابرام العقود المشار اليها في المادة الأولى عن طريق الممارسة في الحالات الآتية :
- ١ - لأعمال المطلوب القيام بها والمواد المطلوب توريدها على سبيل التجربة أو الاختبار .
 - ٢ - الأعمال الفنية المرغوب اجراؤها بمعرفة فنيين أو اخصائيين معينين .
 - ٤ - الحيوانات والطيور والدواجن على اختلاف أنواعها المطلوبة لأغراض غير التغذية .
 - ٥ - المهمات والبضائع التي تقضى طبيعتها أو الغرض المرغوب الحصول عليها من أجله بأن يكون اخيبارها وشراؤها من أماكن انتاجها .
 - ٦ - العقود التي لم تقدم بشأنها عروض في المناقصات ، أو قدمت عنها عروض بأسعار غير مقبولة وكانت الحاجة اليها لا تسمح بإعادة طهرحها في المناقصة .
 - ٧ - العقود التي تكون قيمتها من الضالة بحيث لا تبرر نفقات واجراءات المناقصة^(٢) .

(١) أصلها المادة ٨ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه .

(٢) أصلها المادة ٨ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه بالمادة ١١٩ من لائحة المناقصات والمزايدات .

مادة ٣٤ - يجوز بقرار من الجهة الادارية المختصة أن تبرم بطريق الممارسة العقود الواجب ابرامها بطريق المزايدة في الحالات الآتية :

(أ) حالة الضرورة والاستعجال .

(ب) اذا كانت قيمة العقد من الضالة بحيث لا تبرر نفقات واجراءات المزايدة .

(ب) اذا ثبت ألا فائدة ترجى من اعادة المزايدة بشرط ألا يقل الثمن الذى يتفق عليه فى الممارسة عن الثمن الذى أكت اليه المزايدة الأولى^(١) .

مادة ٣٥ - يجوز اجراء الممارسة باحدى الطرق الآتية وفقا لأهمية العقد ونوعه ، وذلك طبقا للائحة التنفيذية .

(أ) الممارسة عن طريق تقديم العروض ، وتتم على أساس اجراءات المناقصة العامة من حيث العلانية والمنافسة .

(ب) الممارسة المقصورة على الفنيين أو المتخصصين فى الأعمال المطلوب القيام بها . وذلك وفقا لقواعد عامة تحددها الجهة الادارية المختصة مقدما .

وفى الحالات المنصوص عليها فى البندين السابقين تحتفظ الجهة الادارية المختصة بحرية اختيار المتعاقد معها دون التقيد بترتيب العروض على أن تسبب قرارها فى حالة عدم اختيار صاحب العرض الأفضل سمرا .

(ج) التعاقد عن طريق الاتفاق المباشر^(٢) .

(١) هذه المادة مستحدثة .

(٢) هذه المادة مستحدثة .

مادة ٣٦ - يجب قبل صدور قرار الجهة الادارية المختصة بابرام المقدم أن تتولى الممارسة لجنة تشكل وفقا لما تبينه اللائحة التنفيذية على أن يشترك فى عضويتها مندوب عن وزارة الخزانة فيما تزيد قيمته على خمسة آلاف جنية ويكون قرار هذه اللجنة مسبيا .

ويجوز للجهة الادارية المختصة بابرام المقدم أن تفوض اللجنة المذكورة فى التماقد مباشرة دون الرجوع اليها ان وجدت مبررات لذلك .

وفى حالة اجراء الممارسة خارج الجمهورية تترك طريقة تشكيل اللجنة لتقدير الوزير المختص^(١) .

(١) أصلها المادة ٨ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه .

الفصل الرابع

أحكام عامة

مادة ٣٧ - لا يجوز إبرام عقد دون أخذ رأى مجلس الدولة فيما يجب فيه أخذ الرأى ، الا اذا أبرم العقد على أساس شروط أخذ فيها رأى المجلس اذا كانت هذه الشروط لم يحصل فيها أى تعديل^(١) .

مادة ٣٨ - تحظر الوساطة فى التعاقد فيما لا يكون التعامل فيه بالبيع عادة الا للدولة أو الأشخاص العامة وحدها ، ويستبعد كل عقد من هذا النوع يتم عن طريق وسيط . ولا يعتبر وسيطا الوكيل المعتمد فى الجمهورية العربية المتحدة للتعاقد الذى يكون مركزه فى الخارج .

ويستثنى من هذا الحظر شركات القطاع العام المتخصصة فى الاستيراد^(٢) .

مادة ٣٩ - تبين اللائحة التنفيذية الأشخاص المتخصصين بإبرام عقود الادارة^(٣) .

مادة ٤٠ - يجوز عند الاقتضاء لأية جهة ادارية أن تتولى بالنيابة عن جهة ادارية أخرى ووفقا للأحكام المتقدمة مباشرة اجراءات التعاقد بطريق المناقصة أو الممارسة بحسب الأحوال وكذلك إبرام العقد^(٤) .

مادة ٤١ - اذا تضمن المشروع عدة أعمال يستلزم القانون اجراء بعضها عن طريق المناقصة أو المزايدة ، وتجزى اجراء بعضها الآخر عن طريق الممارسة ولم يكن من الممكن تجزئة تلك الأعمال وجب إبرام العقد بشأنها جميعها بالطريق المقرر للعمل الأساسى .

ويحدد المختص بإبرام العقد ما يعتبر أساسيا^(٥) .

(١) أصلها المادة ١٠ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ .

(٢) أصلها المادة ٩ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه .

(٣) أصلها المواد ٦٧ و ٧١ و ١١٤ و ١١٥ و ١١٨ و ١٥٢ من لائحة المناقصات

والمزايدات .

(٤) أصلها المادة ١٢ من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ المشار اليه .

(٥) هذا النص مستحدث .

الباب الثالث

تنفيذ العقود الادارية

مادة ٤٢ - تسرى الأحكام الواردة فى هذا الباب على العقود الادارية دون غيرها من العقود التى تبرمها الادارة^(١) .

مادة ٤٣ - يراعى فى تفسير العقد الادارى استهدافه تحقيق المصلحة وحسن سير المرفق بانتظام واطراد^(٢) .

مادة ٤٤ - للجهة الادارية المختصة سلطة الاشراف والرقابة فى تنفيذ العقد لضمان حسن قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته^(٣) .

مادة ٤٥ - فيما عدا الشروط المالية المتفق عليها ، للجهة الادارية أن تعدل بإرادتها المنفردة شروط العقد أثناء تنفيذه ، بما يتفق مع مقتضيات الصالح العام وحسن أداء الغرض الذى أبرم العقد من أجله ، بشرط أن تكون الأعباء الجديدة على عاتق المتعاقد مع الادارة فى الحدود الطبيعية والمقبولة من حيث نوعها وأهميتها ولا تخرج عن موضوع العقد أو تغير من طبيعته^(٤) .

مادة ٤٦ - للجهة الادارية فى حالة اخلال المتعاقد بالتزاماته أن توقع من تلقاء نفسها دون التجاؤ الى القضاء الجزاء المناسب مع بين الجزاءات الآتية ولو لم يكن منصوحا عليه فى العقد :

(أ) الغرامة ومصادرة التأمين بالشروط والأوضاع التى تحددها اللائحة التنفيذية .

(ب) التنفيذ على حساب المتعاقد وفقا لما تنص عليه اللائحة التنفيذية .

(١) هذه المادة مستحدثة .

(٢) هذه المادة مستحدثة ومستفاه من أحكام القضاء الادارى .

(٣) هذه المادة مستحدثة .

(٤) أصلها المادة ٨٧ من لائحة المناقصات والمزايدات .

(ج) إلغاء العقد إذا كان إخلال المتعاقد إخلالا جسيما^(١) .

مادة ٤٧ - فيما عدا غرامة التأخير لا يجوز توقيع الجزاء على المتعاقد قبل إعداره بمدة كافية للقيام بتنفيذ التزامه أو برفع المخالفة ما لم ينص العقد على خلاف ذلك .

ومع ذلك يجوز للجهة الإدارية توقيع الجزاء دون حاجة إلى إعدار إذا كانت هناك ضرورة لتنفيذ العقد في موعده أو إذا كانت هناك خطورة في استمرار قيام المخالفة^(٢) .

مادة ٤٨ - توقع الجهة الإدارية الجزاءات المالية المنصوص عليها في البند (أ) من المادة ٤٦ ولو لم يثبت وقوع ضرر^(٣) .

مادة ٤٩ - لا يجوز للجهة الإدارية أن تستعمل سلطة الضبط الإداري وما تستتبعه من عقوبات جزائية ضد المتعاقد بقصد إجباره على تنفيذ التزاماته .

ومع ذلك يخضع المتعاقد كغفيرة من الأفراد للوائح الضبط الإداري^(٤) .

مادة ٥٠ - تخضع الجهة الإدارية لرقابة القضاء الإداري فيما توقعه من جزاءات على المتعاقد منها .

وللمتعاقد حق المطالبة بتمويض عادل في جميع الأحوال التي يثبت فيها عدم وقوع خطأ من جانبه يبرر الإجراء الذي اتخذته الجهة الإدارية ضده^(٥) .

مادة ٥١ - لا يجوز الحكم بفرضات تهديدية ضد الجهة الإدارية بقصد إجبارها على الوفاء بالتزاماتها^(٦) .

-
- (١) هذه المادة مستعديّة من أحكام القضاء الإداري .
 - (٢) هذه المادة مستعديّة .
 - (٣) هذا النص مستحدث .
 - (٤) هذا النص مستحدث .
 - (٥) هذا النص مستحدث .
 - (٦) هذا النص مستحدث .

مادة ٥٢ - على المتعاقد نفسه تنفيذ العقد ، ولا يجوز له أن ينزل عنه كله أو بعضه أو أن ينيب عنه غيره فى تنفيذه كله أو بعضه بغير تصريح يصدر من الجهة الادارية بمد موافقة لجنة البت أو الممارسة .
وفى حالة التصريح للمتعاقد الأصلى بالنزول عن العقد كله أو بعضه يبقى المتعاقد الأصلى ضامناً تنفيذ المتنازل اليه الالتزامات بالتضامن معه فى ذلك .

وتعتبر الانابة فى حكم النزول عنه^(١) .

مادة ٥٣ - فى حالة وفاة المتعاقد يجوز لورثته الاستمرار فى تنفيذ العقد ما لم تر الجهة الادارية انهاء العقد لعدم توافر الضمانات الفنية أو المالية الكافية لدى الورثة . وإذا كان المتعاقد مع الجهة الادارية شركة انتهت العقد بقوة القانون فى حالة حلها مع مراعاة أحكام القانون الخاص فى هذا الشأن^(٢) .

مادة ٥٤ - لا يجوز للمتعاقد أن يقف تنفيذ العقد بحجة عدم وفاء الجهة الادارية بالتزاماتها ما لم يؤد ذلك الى استحالة التنفيذ^(٣) .

مادة ٥٥ - على المتعاقد أن ينفذ بدقة التزاماته المقررة فى العقد أو المفروضة بأوامر صريحة من الجهة الادارية امتثالاً لحقها فى تعديل أحكام العقد ، ولا يكون له الحق فى طلب تمويض عما يقوم به متجاوزاً تلك الالتزامات ما لم يكن ذلك التجاوز ضرورياً فيكون له الحق فى تمويض كامل . كما تلتزم الجهة الادارية بتمويضه عما ينفذه من التزامات زيادة على الالتزامات المفروضة عليه اذا كانت الزيادة مفيدة لحسن تنفيذ العقد . ويقدر التميميض فى هذه الحالة بما عاد على الجهة الادارية من فائدة^(٤) .

مادة ٥٦ - لا توقع على المتعاقد الغرامة المنصوص عليها فى العقد

(١) أصلها المادة ٨٣ من لائحة المناقصات والمزايدات .

(٢) أصلها المادة ٨٦ من لائحة المناقصات والمزايدات .

(٣) هذا النص مستحدث .

(٤) أصلها المادة ٨٨ من لائحة المناقصات والمزايدات .

بسبب عدم تنفيذ التزاماته فى المواعيد المقررة اذا لم يكن التأخير راجعا الى خطأ المتعاقد^(١) .

مادة ٥٧ - للمتعاقد الحق فى تعويض كامل بسبب التعديلات التى تجريها الجهة الادارية فى التزاماته ما لم يكن مرجع تلك التعديلات الى خطأ المتعاقد^(٢) .

مادة ٥٨ - للمتعاقد الحق فى طلب فسخ العقد اذا كانت التعديلات التى أجرتها الجهة الادارية من الجسامة بحيث تفوق مقدراته المالية أو الفنية وقت فرض التعديل . ويكون له فى هذه الحالة الحق فى تعويض كامل بسبب انتهاء العقد .

ومع ذلك يجوز استثناء للمتعاقد طلب الفاء التعديل مع استمراره فى تنفيذ عقده اذا كان من الممكن جعل التعديل المفروض موضوع عقد مستقل عن لعقد الأصيل دون اضرار بالمصالح العام^(٣) .

مادة ٥٩ - يعفى المدين من تنفيذ التزامه اذا كان ذلك راجعا الى قوة قاهرة^(٤) .

مادة ٦٠ - اذا طرأت ظروف غير متوقعة لا يمكن دفعها وكان من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا دون أن يصبح مستحيلا كان للمدين الحق فى تعويض عادل .

واذا استمر قيام هذه الظروف ولم يمد يرجى زوالها جاز انتهاء العقد^(٥) .

مادة ٦١ - اذا صدر بعد ابرام العقد وحتى تمام تنفيذه تشريع أو اجراء ادارى غير متوقع وأصاب المتعاقد منه ضرر خاص كان له الحق فى تعويض كامل عن هذا الضرر ، واذا نتج عن التشريع أو الاجراء انقلاب فى اقتصاديات العقد دون أن يكون الضرر خاصا بالمتعاقد كان له الحق فى تعويض عادل وفقا للحكم المنصوص عليه فى المادة السابقة^(٦) .

(١) و (٢) و (٣) و (٤) و (٥) و (٦) هذا النص مستحدث .

مادة ٦٢ - اذا صادف المتعاقد فى تنفيذ التزاماته صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية لم يكن فى الامكان توقعها عند التعاقد وتؤدى الى جمل تنفيذ العقد مرهقا كان له الحق فى تمويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار^(١) .

مادة ٦٣ - لا يجوز الاتفاق على ما يخالف الأحكام الواردة فى المواد ٥٩ ، ٦٠ ، ٦١ ؛ ٦٢ ، من هذا القانون^(٢) .

مادة ٦٤ - للجهة الادارية أن تنهى العقد فى أى وقت تشاء دون وقوع خطأ من المتعاقد اذا اقتضى ذلك الصالح العام ، بشرط تمويض المتعاقد تمويضا كاملا^(٣) .

مادة ٦٥ - ينتهى العقد الادارى بتمام تنفيذه أو بانتهاء أجله المتفق عليه عند إبرامه .

كما ينتهى باتفاق الطرفين أو بهلاك محل العقد أو بحكم قضائى أو بقرار من الجهة الادارية فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين ٤٦ ، ٤٧^(٤) .

(١) و (٢) و (٣) و (٤) هذا النص مستحدث .

صفحة

١٠٧	الباب الثالث : التعريف باهم العقود الادارية
١٠٨	الفصل الاول : عقد امتياز المرافق العامة
					(التعريف به ص ١٠٨ - طبيعته ص ١٠٩ -
					اهميته ص ١١٢ - كيفية منحه ص ١١٤ - تنظيم
					بعض احكامه تشريعا ص ١١٩ - بعض الاحكام
					الخاصة به والواردة في القانون المدني ص ١٢١) .
١٢٥	الفصل الثاني : عقد الاشغال العامة
					(التعريف به ص ١٢٥ - عناصره ص ١٢٦ -
					بعض الاتفاقات التي تتصل به ص ١٢٩) .
١٣٥	الفصل الثالث : عقد التوريد والنقل
١٣٥	الفرع الاول : عقد التوريد
					(التعريف به ص ١٣٥ - امثلة من قضاء مجلس
					الدولة المصري ص ١٣٦ - عقود التوريد الصناعية
					ص ١٣٩) .
١٤٠	الفرع الثاني : عقد النقل
١٤٣	الفصل الرابع : عقد تقديم المعاونة
					(التعريف به ص ١٤٣ - تكييفه القانوني ص
					١٤٤ - طبيعته الادارية ص ١٤٧) .
١٤٩	الفصل الخامس : عقد القرض العام
					(التعريف به ص ١٤٩ - كيفية ابرامه ص ١٥٠) .
١٥٣	الفصل السادس : عقود البيع والشراء التي تبرمها الادارة
١٥٣	الفرع الاول : عقود الشراء التي تبرمها الادارة
١٥٤	الفرع الثاني : عقود البيع التي تبرمها الادارة
١٥٧	الفصل السابع : عقود الاجار
					(أولا : الادارة هي المستاجرة ص ١٥٧ - ثانيا :
					الادارة هي المؤجرة ص ١٥٧ - الاتفاقات التي
					تتضمن شغلا للمال العام في مصر ص ١٥٦ - تطور
					القضاء بشأن تكييف هذه الاتفاقات ص ١٦٠ -
					راينا في هذا الموضوع ص ١٦٢) .

صفحة

- المبحث الأول : التقدم الى المناقصات العامة ... ٢٤٦
- الفرع الأول : الاعلان عن المناقصات العامة ... ٢٤٦
- الفرع الثاني : المساواة بين المتنافسين ... ٢٥٠
- الفرع الثالث : كيفية التقدم الى المناقصات وما يترتب على التقدم من آثار ... ٢٧٠
- المبحث الثاني : فحص المطامات وارساء المزاو أو المناقصة ... ٢٨٧
- الفرع الأول : لجنة فتح المظاريف ... ٢٨٨
- الفرع الثاني : لجنة البت في المطامات ... ٢٩٣
- (تشكيلها ص ٢٩٣ - الاجراءات التي تتبعها ص ٢٩٤ - ما قد تنتهي اليه اللجنة من قرارات ص ٢٩٦) .
- الفرع الثالث : اعتماد المناقصة ومدى حرية الادارة في اختيار التعاقد ... ٣٠٢
- الفصل الثاني : التعاقد من غير طريق المناقصة (بطريق الممارسة) ... ٣١٨
- المبحث الأول : طرق التعاقد القائمة على حرية الاختيار في فرنسا ... ٣٢٠
- (أولا : أسلوب الدعوة الى التعاقد ص ٣٢٠ - الأسلوب العادي للدعوة الى التعاقد ص ٣٢٠ - الدعوة الى التعاقد المصحوبة بمنافسة ص ٣٢١ - الدعوة الجماعية للتعاقد ص ٣٢١
- ثانيا : المقود التي تتم بناء على مفاوضة ص ٣٢٢ - ثالثا : عقود البحوث أو الدراسات ص ٣٢٣) .
- المبحث الثاني : التعاقد من غير طريق المناقصة في مصر ... ٣٢٥
- الفرع الأول : الممارسة ... ٣٢٦
- الفرع الثاني : الاتفاق المباشر ... ٣٢٨

صفحة

الباب الثاني : كيفية إبرام عقود الإدارة

٢٣٥	مقدمة عامة
٢٣٧	المبحث الأول : القيود السابقة على التعاقد
٢٣٧	الفرع الأول : الإذن المالي
٢٤١	الفرع الثاني : ضرورة الحصول على تصريح بالتعاقد
		(القواعد العامة ص ٢٤١ - العقود التي
		يشتراط صدور قانون يسمح للإدارة بإبرامها
		ص ٢٤٥ - بعض العقود التي تتطلب موافقة
		جهة إدارية قبل إبرامها ص ٢٥١) .
		الفرع الثالث : ضرورة صدور قرار من المجالس البلدية
٢٥٤	قبل التعاقد
٢٥٩	الفرع الرابع : الاستشارات السابقة
٢٦٢	المبحث الثاني : عملية التعاقد في ذاتها
٢٦٢	الفرع الأول : الاختصاص بالتعاقد
		(أولا : العقود التي تتم عن طريق المناقصات
		العامة ص ٢٦٣ - ثانيا : العقود التي تتم عن
		طريق المناقصات المحدودة ص ٢٦٣ - ثالثا :
		العقود التي تتم عن طريق المناقصات المحلية
		ص ٢٦٤ - رابعا : العقود التي تتم عن طريق
		الممارسة ص ٢٦٤ - خامسا : الاتفاق المباشر
		ص ٢٦٤) .
٢٦٦	الفرع الثاني : آثار كل من إبرام العقد والتخلف عن إبرامه
٢٦٦	١ - § الآثار المترتبة على إبرام العقد
٢٧٠	٢ - § آثار التخلف عن إبرام العقد
٢٧٢	المبحث الثالث : الشكل الكتابي في مجال العقود الإدارية
٢٧٥	الفرع الأول : الحالات التي تستلزم فيها الكتابة
٢٧٨	الفرع الثاني : أنواع الوثائق المكتوبة في عقود الإدارة
		الباب الثالث : سلامة وبيان العقود الإدارية

صفحة

٢٨٥	تقديم
٢٨٦	المبحث الأول : العيوب التي تشوب أركان العقد الإداري
٢٨٦	الفرع الأول : الرضا
٢٩٥	الفرع الثاني : المحل
٤٠٠	الفرع الثالث : السبب
٤٠٢	المبحث الثاني : جزاء بطلان العقد الإداري
		القسم الثالث : الالتزامات التي تتولد عن العقود الإدارية
		الباب الأول : الأسس العامة التي تحكم آثار العقود الإدارية
٤٠٧	مقدمة تمهيدية
٤٠٨	المبحث الأول : العقد الإداري هو عقد بمعنى الكلمة
٤١٨	المبحث الثاني : دورية الطرفين في تحديد الالتزامات التعاقدية
		المبحث الثالث : اتصال العقد الإداري بالمرق العام وما يترتب على ذلك من آثار
٤٢٩	
		المبحث الرابع : امتداد آثار العقد الإداري إلى غير المتعاقدين في بعض الحالات
٤٣٣	
		الباب الثاني : التزامات المتعاقد وسلطات الإدارة في مواجهته
٤٣٦	الفصل الأول : التزامات المتعاقد مع الإدارة
٤٣٧	ملخص لتلك الالتزامات
٤٣٨	دراسة خاصة للالتزام المتعاقد بالتنفيذ شخصيا
٤٤٠	١ - § التعاقد من الباطن والتزول عن العقد
٤٤٨	٢ - § موت المتعاقد أو أغلase أو إصهاره
٤٥١	الفصل الثاني : سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها
٤٥٤	المبحث الأول : حق الرقابة
٤٥٧	المبحث الثاني : حق التعديل
٤٥٨	الفرع الأول : صور حق التعديل وأساسه ومداه
		الفرع الثاني : حق التعديل في عقود الامتياز والإسفال
٤٦٩	العامة والتوقيت

صفحة

٤٧٠	١ - § سلطة التعديل في عقد الامتياز
٤٨٠	٢ - § سلطة التعديل في عقود الأشغال العامة
٤٩٣	٣ - § سلطة التعديل في عقود التوريد
٤٩٧	المبحث الثالث : حق الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد			
٥٠٠	المطلب الأول : الخصائص المشتركة للجزاءات الإدارية			
٥٠٠	١ - § حق الإدارة في أن توقع الجزاء بنفسها
٥٠٢	٢ - § تمتع الإدارة بحق توقيع الجزاء ولو لم ينص عليه في العقد
٥٠٦	٣ - § ضرورة إصدار المتعاقد قبل توقيع العقوبة
٥٠٧	٤ - § خضوع الإدارة في توقيع الجزاءات لرقابة القضاء
٥٠٩	المطلب الثاني : أنواع الجزاءات الإدارية			
٥٠٩	الفرع الأول : الجزاءات المالية			
٥٠٩	١ - § التعويضات
٥١٢	٢ - § الغرامات
٥٢٥	الفرع الثاني : وسائل الضغط			
٥٢٩	١ - § وضع المشروع تحت الحراسة
٥٣٣	٢ - § سحب العمل من القاول
٥٣٨	٣ - § الشراء على حساب المتعاقد المقصر
٥٤٥	الفرع الثالث : فسخ العقد			
٥٤٥	١ - § الفسخ في حالة عقد الامتياز
٥٥٣	٢ - § الفسخ في حالة العقود الأخرى
٥٥٩	الفرع الرابع : الجزاءات الجنائية			
٥٦٦	الفصل الأول : حق المتعاقد في أن تحترم الإدارة التزاماتها العقدية			
٥٦٦	الباب الثالث : حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة			
٥٦٦	الفرع الأول : مدى التزام الإدارة بالعقد			

صفحة

٥٧٢	الفرع الثاني : جزاء مخالفة الإدارة لالتزاماتها العقدية (طيبة تلك الجزاءات ص ٥٧٢ - سلطات القاضي في مواجهة الإدارة ص ٥٧٤ - الجزاء الخاص بفسخ العقد ص ٥٧٦)
٥٨١	الفصل الثاني : الحصول على المقابل المالي
٥٨٦	المبحث الأول : الثمن
٥٨٦	الفرع الأول : تحديد الثمن
٥٩٨	الفرع الثاني : تسديد الثمن
٦٠٢	المبحث الثاني : الرسم
٦١٠	الفصل الثالث : التوازن المالي للمقد ومبدأ التمويض بلا خطأ (تحديد معنى الفكرة ص ٦١٠ - الانتقادات الموجهة إليها ص ٦١١ - رأينا في الموضوع ص ٦١٣ - تحديد المعنى الحقيقي لفكرة التوازن المالي للمقد ص ٦١٣)
٦٢٣	المبحث الأول : نظرية عمل الأمير
٦٢٦	المطلب الأول : تحديد عمل الأمير
٦٣١	الفرع الأول : عمل الأمير في صورة اجراء خاص ١ - § الاجراء الذي يؤدي الى تعديل مباشر في شروط المقد
٦٣٢	٢ - § الاجراء يفسل في ظروف التنفيذ الخارجية
٦٣٧	الفرع الثاني : عمل الأمير في صورة اجراء عام ١ - § الاجراء العام يؤدي الى تعديل شروط العقد ٢ - § الاجراء يفسل في ظروف التنفيذ الخارجية
٦٣٩	(أولا : الحالات التي رفض فيها المجلس التمويض ص ٦٤٢ - ثانيا : الحالات الاستثنائية التي قبل فيها المجلس التمويض ص ٦٤٨ - شروط التمويض في تلك الحالات ص ٦٤٠)

صفحة

المطلب الثاني : الآثار المترتبة على تطبيق نظرية عمل الأمير	٦٥٣
الفرع الأول : أساس التمييز	٦٥٤
الفرع الثاني : كيفية تحديد التمييز ومداه	٦٥٦
المبحث الثاني : نظرية الظروف الطارئة	٦٦٠
المطلب الأول : نشأة النظرية والتمييز بها	٦٦٠
المطلب الثاني : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة	٦٧٢
١ - طبيعة الظروف الطارئة	٦٧٣
٢ - كون الظروف الطارئة غير متوقع ولا يمكن دفعه	٦٧٧
٣ - كون الظروف خارجا عن إرادة المتعاقد	٦٨٠
٤ - متى يقع الظروف الطارئة	٦٨٢
٥ - أثر الظروف الطارئة على العقد	٦٨٤
المطلب الثالث : الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة	٦٨٩
الفرع الأول : بقاء التزامات المتعاقد	٦٨٩
الفرع الثاني : حق المتعاقد في الحصول على معونة الإدارة	٦٩١
١ - سلطات القاضي في مواجهة الظروف الطارئة	٦٩٢
٢ - أساس التمييز ونطاقه	٦٩٦
الفرع الثالث : نهاية الظروف الطارئة	٧٠٣
الفرع الرابع : أحكام الاستناد الى نظرية الظروف الطارئة	٧٠٦
١ - أوضاع التمسك بالنظرية	٧٠٦
٢ - الاتفاقات بخصوص الظروف الطارئة	٧١٠
المبحث الثالث : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة	٧١٤
الفرع الأول : التمييز بالنظرية وانسائها	٧١٤
الفرع الثاني : شروط تطبيق النظرية	٧٢١
الفرع الثالث : ما يترتب على النظرية من نتائج	٧٢٧

صفحة .

المبحث الرابع : مقارنة عامة بين النظريات الثلاث ٧٣١

الفرع الأول : أوجه التشبه ٧٣٢

الفرع الثاني : أوجه الخلاف ٧٣٣

١ - § من حيث الفعل الذي تحقق به المسؤولية ٧٣٤

٢ - § من حيث شروط التطبيق ٧٣٦

٣ - § من حيث الآثار ٧٣٦

الباب الرابع : أثر العقود الإدارية بالنسبة الى الغير

المبحث الأول : الأعباء التي تفرض على الغير ٧٤٠

١ - § تفويض المتعاقدين في ممارسة بعض مظاهر

السلطة العامة ٧٤٠

٢ - § امتياز التقاضي ٧٤٢

٣ - § استثناء المتعاقدين من قاعدة المساواة أمام

التكاليف العامة ٧٤٣

المبحث الثاني : الحقوق التي يستمدّها الغير من العقد ٧٤٣

١ - § حق الغير في أن تبرم العقود الإدارية ونفا

للقانون ٧٤٣

٢ - § الحقوق التي يستمدّها الغير من النصوص

المرجعة لصالحه في العقد ٧٤٤

٣ - § حقوق المستفيدين في مواجهة ملتزمي المرافق

العامة ٧٤٥

(حق المستفيد في مواجهة الإدارة من ٧٤٣ -

حق المستفيد في مواجهة الملتزم من ٧٤٧) .

المبحث الثالث : الأساس القانوني لامتداد آثار العقود الإدارية الى

الغير ٧٤٨

الفرع الأول : نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ٧٤٨

الفرع الثاني : الاستناد الى الطبيعة الذاتية للعقود

الإدارية ٧٥٤

صفحة

الفرع الثالث : انكار المبدأ في ذاته ومحاولة تبرير كل
٧٥٥ حالة على حدة

الفرع الرابع : تحديد معنى الغير في مجال العقود الادارية

القسم الرابع : نهاية العقود الادارية

الباب الأول : الأسباب العامة لنهاية العقود الادارية

مقدمة عامة ٧٦٣

الفصل الأول : نهاية العقود الادارية نهاية طبيعية
(انقضاء العقد بالتنفيذ من - انقضاء
العقد بنهاية المدة من) ... ٧٦٤

الفصل الثاني : النهاية المبصرة للعقود الادارية ٧٦٦

المبحث الأول : الفسخ باتفاق الطرفين أو التقايل ٧٦٦

المبحث الثاني : الفسخ بقوة القانون ٧٦٧

المبحث الثالث : الفسخ القضائي ٧٦٨

الفرع الأول : حالة القوة القاهرة ٧٦٩

الفرع الثاني : الفسخ القضائي كجزاء لخطأ المتعاقد ... ٧٧٢

الفرع الثالث : الفسخ القضائي كموازن لسلطات الادارة

المبحث الرابع : الفسخ من طريق الادارة ٧٧٥

الفرع الأول : الفسخ المنصوص عليه ٧٧٥

الفرع الثاني : الفسخ غير المنصوص عليه ٧٧٦

الباب الثاني : دراسة خاصة لانقضاء عقود الامتياز

والاشغال العامة والتوريد

الفصل الأول : نهاية عقد الامتياز ٧٨٨

تمهيد ٧٨٨

المبحث الأول : نهاية عقد الامتياز وفقا للطرق العامة لانقضاء العقود

الفرع الأول : النهاية الطبيعية لعقد الامتياز ٧٨٨

الفرع الثاني : النهاية المبصرة لعقد الامتياز ٧٩٢

١ - § اسقاط الالتزام ٧٩٣

صفحة

٢ - § استرداد المرفق	٧٩٤
٣ - § الأسباب الأخرى لفسخ العقد	٧٩٤
المبحث الثاني : طريقة الاسترداد	٧٩٦
الفرع الأول : الاسترداد المنصوص عليه في العقد	٧٩٧
١ - § شروط ممارسة الاسترداد المنصوص عليه	٧٩٨
٢ - § آثار الاسترداد الانقاضي	٧٩٩
الفرع الثاني : الاسترداد غير المنصوص عليه في العقد	٨٠٢
الفرع الثالث : الاسترداد الذي تنظمه قوانين خاصة	٨٠٤
المبحث الثالث : تصفية عقد الامتياز	٨٠٧
الفرع الأول : مصير الأموال المادية المستعملة في استغلال المرفق	٨٠٧
١ - § الأموال التي تبقى ملكا للملتزم	٨٠٩
٢ - § الأموال التي تحول الى الفولة مجانا	٨١٠
٣ - § الأموال التي من حق الدولة أن تشتريها	٨١١
الفرع الثاني : تصفية الحسابات بين الملتزم والإدارة	٨١٢
الفصل الثاني : نهاية عقود الأشغال العامة	٨١٤
المبحث الأول : النهاية الطبيعية لمقود التوريد	٨٢٩
الفرع الأول : الاستلام المؤقت	٨١٥
الفرع الثاني : الاستلام النهائي	٨٢٠
المبحث الثاني : النهاية المبصرة لمقود الأشغال العامة	٨٢٥
الفصل الثالث : نهاية عقود التوريد	٨٢٩
المبحث الأول : النهاية الطبيعية لمقود التوريد	٨٢٩
المبحث الثاني : النهاية المبصرة لمقود التوريد	٨٣٧

ملحق

صفحة

أولا : القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨	٨٤١
ثانيا : القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم المناقصات والمزايدات ...	٨٤٥
ثالثا : قرار وزير المالية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ باصدار لائحة المناقصات	٨٦١
رابعا : مشروع تقنين الأحكام الخاصة بمقود الإدارة	٩٢١

للمؤلف (١)

- ١ - نظرية التمسف فى استعمال السلطة ، الطبعة الثالثة ، سنة ١٩٧٦ ،
(وقد ظفر الأصل الفرنسى للمؤلف بجائزة الرسائل من كلية الحقوق
بجامعة باريس سنة ١٩٥٠) .
- ٢ - القرار الادارى أمام مجلس الدولة والمحاكم القضائية سنة ١٩٥٠ (نفذ)
- ٣ - القانون الدستورى بالاشتراك مع المرحوم الدكتور عثمان خليل ،
الطبعة الرابعة سنة ١٩٥٥ (نفذ)
- ٤ - نشاط الادارة العامة ، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ (نفذ)
- ٥ - مسئولية الادارة من أعمالها غير التصاقدية ، الطبعة الرابعة
سنة ١٩٥٧ (نفذ)
- ٦ - تنظيم الادارة العامة ، الطبعة الأولى، سنة ١٩٥٥ (نفذ)
- ٧ - النظرية العامة للقرارات الادارية ، الطبعة السادسة سنة ١٩٩١
- ٨ - مبادئ القانون الدستورى ، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٦٠ (نفذ)
- ٩ - مبادئ علم الادارة العامة ، الطبعة السابعة ، سنة ١٩٨٧
- ١٠ - التطور السياسى للمجتمع العربى ، الطبعة الأولى سنة ١٩٦١
- ١١ - القضاء الادارى (وقد ظفرت الطبعة الأولى منه بجائزة الدولة للقانون العام
سنة ١٩٥٦) .
- ١٢ - الوجيز فى نظم الحكم والادارة ، الطبعة الأولى سنة ١٩٦٢ (نفذ)
- ١٣ - ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ بين ثورات الصالح ، الطبعة الأولى
سنة ١٩٦٥ .
- ١٤ - السلطات الثلاث فى الدساتير العربية المعاصرة وفى الفكر السياسى
الاسلامى ، الطبعة الخامسة سنة ١٩٨٦ .
- ١٥ - الوجيز فى القانون الادارى ، سنة ١٩٨٤ .
- ١٦ - الوجيز فى القضاء الادارى ، طبعة سنة ١٩٨٤ .

(١) تقتصر هذه القائمة على المؤلفات القائمة بذاتها ولا تشمل البحوث التى
نشرت فى المجلات العلمية المتخصصة - مصرية وأجنبية - وهى عديدة .

- ١٧ - الوجيز في القانون الإداري ، سنة ١٩٩١
- الكتاب الأول قضاء الإلغاء ، الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٥
 - الكتاب الثاني قضاء التمويض ، الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٥
 - الكتاب الثالث قضاء التأديب الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٦ .
- ١٨ - عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة ، دراسة مقارنة ،
الطبعة الثانية سنة ١٩٧٦ .
- مبادئ علم الإدارة العامة ، الطبعة السابعة ، سنة ١٩٨٧
- ٢٠ - المطول في القانون الإداري :
- الكتاب الأول : سنة ١٩٧٧ .
 - الكتاب الثاني : سنة ١٩٧٩ .
 - الكتاب الثالث : سنة ١٩٧٩ .
- ٢١ - العقود الإدارية ، الطبعة الخامسة ، سنة ١٩٩١
- ٢٢ - المجزئة التأديبية ، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٧٥ .
- ٢٣ - النظرية العامة للمقرارات الإدارية ، الطبعة السادسة ، سنة ١٩٩٠ .

طبعة جامعة عين شمس ٧٦٤/٨٩-١٩٩٠/٢٠٠٠

 **Biblioteka Aleksandrina**



0171438